

ÉRICO RODRIGUES PILATTI

O sigilo bancário e os impactos tributários sobre as operações em bolsas:
estudo das limitações do acesso à informação sujeita ao sigilo bancário e os
impactos sobre a tributação aplicável às operações em bolsas

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Econômico, Financeiro e Tributário, sob a orientação do Professor Doutor Roberto Quiroga Mosquera.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo

2017

TERMO DE APROVAÇÃO

Nome: PILATTI, Érico Rodrigues.

Título: O sigilo bancário e os impactos tributários sobre as operações em bolsas: estudo das limitações do acesso à informação sujeita ao sigilo bancário e os impactos sobre a tributação aplicável às operações em bolsas.

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Econômico, Financeiro e Tributário, sob a orientação do Professor Doutor Roberto Quiroga Mosquera.

Data de aprovação: ___/___/___

Banca examinadora

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Em toda conclusão de um projeto, seja ele acadêmico, profissional ou de vida, entendo essencial olhar para trás e avaliar tudo o que foi vivido ao longo de sua gestação. O que fizemos, pensamos, estudamos, sentimos. Mas também entendo ser de suma importância perceber tudo o que, de outro modo, não se viveu, ou melhor, tudo o que aconteceu e não estávamos presentes.

E este balanço só resulta positivo, como o é no presente caso, quando olhamos ao redor e percebemos que nosso projeto também é, de alguma forma, e às vezes numa intensidade que surpreende, o projeto daqueles que são próximos e nos apoiam das mais diversas formas.

Dito isso, gostaria, em primeiro lugar, agradecer aos meus pais pelo exemplo permanente e pelos valores que me passaram, os quais cada vez mais vejo presentes em minhas ações.

Ao meu avô, eterna fonte de conhecimento, a quem sempre pude recorrer e com quem tenho uma parceria não só de neto, mas de amigo e discípulo, agradecer não só o apoio e carinho de sempre, mas também as ligações diárias para saber sobre o projeto e tentar entendê-lo.

À minha noiva e já quase esposa Yasmin, um agradecimento especial por todo amor, apoio, motivação, paciência e constante alegria que demonstra ao meu lado, seja neste ou em outros projetos que estamos construindo e que vamos construir juntos.

Ao meu irmão, agradeço por estar sempre presente e ser um constante apoiador em meus sonhos.

Aos meus amigos Ana, Eduardo, Hector, Maira e Rodolfo, agradeço pela amizade sincera, suporte para esta dissertação e constantes “cobranças” que me foram muito úteis.

A cada um dos integrantes da minha equipe na BM&FBOVESPA, meu muito obrigado por terem me auxiliado em grandes e pequenas tarefas do dia a dia, bem como em discussões pontuais sobre o tema desta dissertação, e que me permitiram conduzir de forma serena os estudos e trabalhos acadêmicos. A atuação de vocês foi essencial para meu projeto.

Gostaria de agradecer também à Grasiela pelo apoio para que eu pudesse conduzir de forma assertiva e eficiente tanto meus afazeres no trabalho quanto os estudos para esta frente acadêmica.

Aos colegas e amigos da pós-graduação e aos demais conhecidos da academia, em especial ao Prof. Falcão, meus agradecimentos pelas horas de conversa e discussões sobre temas tributários que enriqueceram meus conhecimentos e trouxeram ideias para este projeto.

Ao Quiroga, pela confiança em mim depositada para ser seu orientando e pelos conhecimentos que me transmite já há tantos anos.

Por fim, gostaria de agradecer cada um daqueles que, embora não citados nominalmente, me auxiliaram a concluir este projeto e permitiram que eu pudesse realizar mais este sonho. Meu muito obrigado!

Ao meu avô Luciano (Tito), pelo apoio em todos os momentos e pelos valiosos ensinamentos compartilhados do alto de seus mais de 100 anos de conhecimento.

RESUMO

PILATTI, Érico Rodrigues. **O sigilo bancário e os impactos tributários sobre as operações em bolsas**: estudo das limitações do acesso à informação sujeita ao sigilo bancário e os impactos sobre a tributação aplicável às operações em bolsas. 2017. 255 p. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico, Financeiro e Tributário) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017.

A presente dissertação trata sobre os impactos do sigilo bancário em relação à tributação das operações de renda variável em bolsa e em balcão. Busca demonstrar como o sigilo bancário impede o acesso da administração tributária a informações relevantes para o conhecimento sobre o mercado, suas operações cada vez mais complexas e a carga tributária incidente. Busca demonstrar, ainda, como o acesso a informações permitiria que a Receita Federal do Brasil (RFB), por meio de suas competências, atuasse sobre possíveis descompassos entre a realidade econômica das operações e a regra tributária existente, gerando eficiência e mitigando impactos negativos no mercado de capitais. Pretende-se, ao final, indicar possíveis soluções. No primeiro capítulo, aborda-se a questão das operações de renda variável no mercado de capitais, quais são e as discussões tributárias existentes. No segundo, desenvolve-se a explicação sobre o sigilo bancário, suas origens, definições e análise da doutrina, legislação e jurisprudência brasileiras sobre o tema. No terceiro, serão analisados os pressupostos constitucionais, as competências da RFB e como o acesso a informações, observados os direitos fundamentais e restrições legais, pode trazer impactos positivos para o mercado de capitais e para o sistema tributário. Ao final, pode-se concluir que há possíveis caminhos para a RFB ter acesso a informações de melhor qualidade sobre o mercado de capitais, gerando-se benefícios de eficiência, segurança e transparência.

Palavras-chave: Tributação. Sigilo bancário. Mercado de capitais. Competências da administração tributária. Eficiência.

ABSTRACT

PILATTI, Érico Rodrigues. **Bank Secrecy and Tax Impacts on Transactions in Stock and Futures Exchange**: Study of the limitations of access to information subject to banking secrecy and the impacts on taxation applicable to transactions in stock and futures exchanges. 2017. 255 pages. Dissertation (Masters in Economic, Financial and Tax Law) – Law School, University of São Paulo. São Paulo, 2017.

This essay discusses the impacts of the bank secrecy related to the taxation of equity trades on exchange and OTC markets. It aims to demonstrate how the bank secrecy prevents the access of the tax administration to relevant information about the market, its continuously more sophisticated trades and the its tax burden. It also seeks to demonstrate how the access to information would allow the Receita Federal do Brasil (RFB), based on its competences, to treat the potential unbalances between the economic reality of the trades and the existing tax regulation, promoting efficiency and mitigating the negative impacts to the capital markets. At its end, potential solutions are approached. The first chapter targets the equity trades on the capital markets as well as the current tax discussions. On the second chapter, an explanation about bank secrecy, its origins, definitions and doctrine is approached. The focus of the third chapter are the legal assumptions, the competences of RFB and how the access to information, considering the fundamental rights and legal restrictions, can lead to positive impacts on the capital markets and on the tax system. Finally, we can conclude that there are methods for the RFB to have access high quality information on the capital markets, leading to efficiency, safety and transparency.

Keywords: Tax. Bank secrecy. Capital markets. Tax authority competences. Efficiency.

LISTA DE ABREVIATURAS

Bacen	Banco Central do Brasil
CF	Constituição Federal
CMN	Conselho Monetário Nacional
COAF	Conselho de Controle de Atividades Financeiras
COE	Certificados de Operações Estruturadas
CTN	Código Tributário Nacional
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
DARF	Documento de Arrecadação de Receitas Federais
DIMOF	Declaração de Informações sobre Movimentação Financeira
DIRF	Declaração de Imposto de Renda Retido na Fonte
IPO	Oferta pública inicial (Initial Public Offering)
IR	Imposto de Renda
IRPF	Imposto de Renda Pessoa Física
IRPJ	Imposto de Renda Pessoa Jurídica
LC	Lei Complementar
RFB	Receita Federal do Brasil
RMF	Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira
SCR	Sistema de Informações de Créditos
TDPF	Termo de Distribuição do Procedimento Fiscal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 A TRIBUTAÇÃO DAS OPERAÇÕES NOS MERCADOS FINANCEIRO E DE CAPITAIS	17
1.1 Os mercados financeiro e de capitais: objetivos	17
1.1.1 Características das operações no mercado de capitais	19
1.1.2 Mercados organizados de valores mobiliários	21
1.1.3 Estrutura dos agentes no mercado de capitais	22
1.2 Operações realizadas e registradas	24
1.3 Diferenciação entre operações denominadas de “renda fixa” e de “renda variável”	28
1.4 Os dados disponíveis e seus repositórios	32
1.5 O conceito de renda e as operações no mercado financeiro e de capitais	36
1.6 Tributação e histórico do imposto de renda aplicável às operações no mercado financeiro e de capitais	43
1.6.1 Histórico da legislação	43
1.7 As sistemáticas de tributação e arrecadação	55
1.7.1 Retenção fonte	56
1.7.2 Autorrecolhimento	58
1.8 Os dados necessários para fins de recolhimento e fiscalização	65
2 O SIGILO BANCÁRIO	69
2.1 Evolução histórica	69
2.2 Teorias, conceitos, definições e limites do sigilo	76
2.2.1 As teorias de proteção ao sigilo	76
2.2.2 A proteção aos direitos e às garantias fundamentais do ser humano	78
2.2.3 O sigilo, a privacidade e a intimidade	85
2.3 definições, objetos e limites do sigilo e do direito à privacidade	89
2.4 Previsão constitucional da proteção da privacidade e do sigilo bancário	95
2.5 Direito brasileiro: a privacidade e o sigilo bancário	101
2.5.1 O enfoque constitucional	107
2.5.2 A proteção aos dados (informações) e à comunicação	115
2.5.3 A Lei Complementar n. 105/2001 e sua regulamentação	120
2.6 Entes com acesso às informações e diferenças de acesso	132
2.6.1 Formas de acesso às informações pela administração tributária e suas limitações	132
2.6.2 O acesso às informações financeiras pelo BC e pela CVM	135
2.7 Influências externas	140
2.7.1 A visão da OCDE	140
2.7.2 FATCA e tratados para troca de informações	142
2.7.3 O GAFI/FATF, o COAF e o combate à lavagem de dinheiro	146
2.8 A oposição de sigilo bancário ao fisco	149
2.8.1 Posicionamento da doutrina sobre a oposição de sigilo bancário ao fisco	149
2.8.2 A recente jurisprudência sobre a oposição de sigilo bancário ao fisco	170
3 SIGILO BANCÁRIO E INEFICIÊNCIA IMPOSTA À ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA	181
3.1 Os princípios constitucionais em matéria tributária	182
3.2 Competências da administração tributária	190
3.2.1 Regulamentação, arrecadação e fiscalização	192

3.2.2 Auxílio ao executivo e ao legislativo em matéria Tributária (importância das informações para entendimento dos mercados e desenvolvimento das políticas econômica e tributária).....	198
3.3 Análise dos impactos tributários e econômicos do sigilo em matéria tributária relativos às operações de renda variável em mercado de capitais	204
3.4 Casos concretos de ineficiências do sistema tributário que impactam o mercado de capitais	220
3.5 As evoluções no mercado de capitais e os desafios da RFB para captura e utilização de informações	229
CONCLUSÃO	235
REFERÊNCIAS.....	247

INTRODUÇÃO

Olhar o mundo que nos rodeia resulta, necessariamente, na captura de uma série de informações que são processadas e interpretadas pelo cérebro, formando-se nele a imagem daquele mundo. Não enxergamos o mundo como ele é, mas sim a sua representação sob a ótica dos valores, experiências, ideologias e sonhos individuais. Talvez quanto mais luz haja sobre determinados objetos, ou por quanto mais tempo seja possível analisá-los, mais informações serão coletadas e, com elas, as representações podem ser mais bem formadas, aproximando-se muito do objeto real, permitindo a todos que o olhem dessa forma terem uma imagem o mais condizente possível com a do objeto. Esse processo não funciona só em nosso intelecto. Funciona para todo e qualquer processo cognitivo que se queira percorrer. Quanto maior a quantidade e mais clara a informação prestada a um determinado indivíduo, melhor será sua percepção da realidade. Obscuridade e sigilo enublaram os olhos. Inclusive da administração tributária.

O mercado de capitais possui uma vasta gama de operações que são nele cursadas, as quais, em grande medida, são negociadas em mercados de bolsa ou registradas em mercados de balcão organizado, destacando-se nesses mercados as operações de renda variável. Essas operações atendem, em grande medida, as necessidades financeiras dos investidores e, portanto, são objeto de constantes inovações financeiras que, uma vez aprovadas ou permitidas pelos reguladores do mercado de capitais (nominalmente, Banco Central do Brasil (“BC”) e Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”)), têm o condão de serem colocadas à disposição dos investidores.

Em decorrência dessas operações os investidores restam por perceber rendimentos financeiros que são tributados pelo imposto de renda, sujeitando-se, nos termos da legislação tributária, a diferentes regimes de tributação, a depender da natureza da operação e de seus efeitos (renda fixa ou renda variável), do ambiente em que são cursadas (bolsa ou balcão) e do tipo de investidor, observadas, por óbvio, exceções.

Estes regimes de tributação previstos na lei atendem em grande medida as necessidades dos tipos de operações mais padronizados. Porém, quando surgem novos valores mobiliários e estruturas de operações de renda variável em bolsa ou em mercados de liquidação futura em balcão mais complexas e inovadoras, as naturezas das operações podem ser adequadamente identificadas e seus efeitos podem não ser exatamente aqueles de operações mais simples. Mesmo em relação a estas, em razão de situações operacionais ou

mesmo por puro desconhecimento do legislador, as regras tributárias podem acabar por serem incompatíveis com as naturezas das operações, resultando em efeitos negativos para a eficiência do mercado de capitais, tão sensível a assimetrias informacionais.

Um caminho a ser percorrido para se tentar sanar esta situação seria a edição de normas tributárias e a divulgação de interpretações pela administração tributária mais adequadas à realidade das operações cursadas no mercado de capitais. Isto, contudo, somente seria possível se uma informação adequada e consistente sobre as operações de renda variável negociadas em bolsa e registradas em balcão chegasse às instâncias competentes para promover a adequada interpretação e impulsionar a máquina pública para a edição de normas tributárias mais aderentes à realidade do mercado.

Nesse particular, cientes da dificuldade política de ser aprovada a reforma tributária tão prometida há anos pelos governos, seria de grande relevância para o mercado de capitais que a administração tributária pudesse adotar e se valer de outros mecanismos que não apenas a retenção-fonte como alternativa para o desenvolvimento da tributação de novas e complexas operações. Para tanto, mostra-se necessário que a administração tributária tenha acesso a informações sobre tais operações que permitam absorver o conhecimento sobre o funcionamento do mercado.

Entre essas alternativas estaria o fornecimento de informações de operações financeiras, em especial aquelas negociadas nos ambientes de bolsa e de entidades semelhantes. Isso porque nesses ambientes já são encontrados os requisitos técnicos e regulatórios necessários para o controle regular e contínuo dessas operações, sendo as informações obtidas nesses ambientes já utilizadas por CVM e Bacen, cada qual na medida de sua competência.

Estas informações poderiam auxiliar a administração tributária a melhor entender os mercados nos quais essas operações são negociadas, permitindo, em um segundo momento, a alteração da norma tributária para que ela possa ser adequada às inovações financeiras do mercado. Ademais, essas informações permitiriam ao fisco maior precisão em sua atividade fiscalizatória, gerando maior eficiência no combate à evasão tributária e desenvolvendo variáveis mais acuradas de controle da arrecadação (o que poderia permitir reduções de carga tributária em determinados segmentos). Isso é o que se busca analisar e provar.

Todavia, uma questão essencial precisa ser enfrentada para possibilitar o acesso da administração tributária a essas informações, sem necessidade de ordem judicial ou mesmo de procedimento administrativo previamente instaurado: o sigilo bancário das operações negociadas em ambientes de bolsa e de entidades assemelhadas.

O sigilo de informações encontra guarida constitucional, enquadrado dentro dos direitos fundamentais do indivíduo, especificamente do direito à privacidade e à intimidade. Este fundamento constitucional tem sido largamente discutido pelos tribunais brasileiros em relação ao direito de pessoas físicas e jurídicas não terem suas informações sobre operações financeiras fornecidas ao fisco, sendo o atual epicentro da discussão a constitucionalidade dos arts. 5º e 6º da Lei Complementar n. 105, de 10 de janeiro de 2001 (“LC 105/2001”).

Assim sendo, a flexibilização do sigilo bancário, ainda mais em questões que envolvem a necessidade de utilização das informações atinentes a operações no mercado de capitais pela administração tributária, será estudada para o fim de se verificar a possibilidade desse fornecimento, de informações financeiras sujeitas ao sigilo para as administrações tributárias, em especial a federal, sem a necessidade de ordem judicial (reserva de jurisdição).

Atualmente, a vedação imposta pela legislação para o fornecimento detalhado à administração tributária (a qual, em âmbito federal, seria a Secretaria da Receita Federal do Brasil (“RFB”)) de informações dos contribuintes, em razão do sigilo bancário, impede que a administração tributária, bem assim o legislador, tenham acesso a informações necessárias para formar o conhecimento adequado ao entendimento dos fatos da vida que devem ser objeto de tributação, em especial, no caso do presente estudo, as informações decorrentes de operações de renda variável no mercado de capitais, as quais, se adequadamente tributadas, poderiam reduzir a insegurança no mercado de capitais e promover a sua eficiência.

Assim, caso autorizada a administração tributária a ter acesso detalhado a informações hoje acobertadas pelo sigilo bancário, haveria a possibilidade de esta, em conjunto com o legislador tributário, propor alterações no sistema tributário em relação às hipóteses de incidência tributária existentes para as operações no mercado de capitais, de modo a ser verificada a devida arrecadação, a qual, eventualmente, poderia ser ponderada em relação à carga tributária total de um determinado segmento de mercado e tornada mais eficiente. Adicionalmente, poderia a própria administração tributária interpretar, dentro dos limites permitidos, a legislação já existente para o fim de enquadrar adequadamente as operações segundo a sua natureza.

A maior parte das análises realizadas até o momento acerca do tema “informações sujeitas ao sigilo bancário” e a possibilidade de acesso dessas informações pela administração tributária (estado da arte) tem se focado na utilização dessas informações para a promoção de políticas de fiscalização mais eficientes, ou então para demonstrar a eficiência

no trabalho do fisco caso tais informações fossem disponibilizadas sem a necessidade de requisição.

No entanto, no presente estudo buscar-se-á trazer uma abordagem diferenciada, com enfoque em como o acesso pela administração tributária às informações sujeitas ao sigilo bancário pode promover ganhos de eficiência para o fisco e para o mercado de capitais em razão da alteração da tributação sobre operações do mercado financeiro e de capitais, tendo em vista o aumento do conhecimento sobre tais operações, com consequente possibilidade de redução da carga tributária, aumento da eficácia de arrecadação e fiscalização tributária sobre tais operações, e promoção dos pressupostos e princípios que regem a ordem econômica, tornando o mercado mais eficiente.

Ademais, o acesso às informações financeiras permitiria ao fisco maior precisão em sua competência fiscalizatória, gerando maior eficiência no combate à evasão tributária e desenvolvendo variáveis mais acuradas de controle da arrecadação (o que poderia permitir reduções de carga tributária em determinados segmentos). Isso é o que se busca analisar e provar.

A administração tributária federal já recebe dos contribuintes e das instituições financeiras (sujeitos passivos da obrigação de sigilo bancário) uma série de informações financeiras relativas a operações no mercado de capitais, as quais, contudo, devem ser acessadas com base na referida LC 105/2001, e nos decretos que regulamentam seus arts. 5º e 6º, os quais são restritivos em termos de conteúdo da informação a que se permite o acesso. Mas poderiam ter seus limites alargados? Qual o limite da privacidade e do dever de sigilo bancário? O que é sigilo bancário? Até que ponto o acesso às informações financeiras pela administração tributária é diferente do acesso previsto para os reguladores do mercado de capitais?

Em busca dessas respostas, relevantes aos fins almejados pelo presente estudo, serão abordados/analizados determinados pressupostos teóricos que servirão como guia ao longo de seu desenvolvimento, tal como a proteção aos direitos e garantias fundamentais, como o direito à privacidade, nos termos em que assegurados na Constituição Federal do Brasil de 1988, que deve ser observada em sua plenitude, observados os limites que se verificam quando sopesados tais direitos e seus princípios e pressupostos com os demais princípios constitucionais, tal qual a arrecadação para manutenção do Estado. Assim, até que ponto deve ser garantida a proteção do sigilo bancário e até que ponto as informações sobre as operações financeiras não podem, em razão do sigilo bancário, ser acessadas pelas administrações tributárias?

A doutrina e a jurisprudência brasileiras têm reconhecido a importância do acesso a informações sujeitas ao sigilo bancário pelas administrações tributárias para que ela possa fazer valer sua competência fiscalizatória e arrecadatória, essenciais à manutenção e funcionamento do Estado. Mas, uma vez esmiuçadas as posições doutrinárias sobre o sigilo bancário e a jurisprudência do STF sobre a possibilidade de acesso pelo fisco às informações que estejam por ele acobertadas, buscar-se-á identificar outras competências da administração tributária federal que permitam a ela poder acessar, por fundamento diverso, informações necessárias ao melhor entendimento dos fatos sobre os quais incide a tributação.

Muito mais do que uma análise acerca das vedações impostas em relação à administração tributária para acesso a informações sujeitas ao sigilo bancário, o estudo tem por objetivo demonstrar como as interpretações da Receita Federal do Brasil (“RFB”) e o processo de criação da norma tributária podem ser prejudicados em razão da falta de informação qualitativa relevante para o entendimento sobre os setores da economia, como, no caso deste estudo, do mercado de capitais, comprometendo a sua eficiência econômica — a qual, juntamente com a equidade, são (ou pelo menos deveriam ser) objetivos do legislador tributário.

Nesse sentido, para a elaboração desta dissertação utilizou-se um método analítico-descritivo que, inicialmente, compreendeu a realização de pesquisa bibliográfica em livros, artigos de periódicos, monografias, textos técnicos especializados, bem como a leitura e interpretação da legislação e regulamentação pertinente, e, posteriormente, abrangeu a identificação, a comparação e a descrição das bases doutrinárias, dos dados técnicos e históricos coletados e das vinculações entre eles existentes, os quais, em conjunto com as premissas adotadas neste projeto, levaram às conclusões que serão, ao final, expostas.

Por meio do estudo foi realizada uma análise teórica da tributação das operações no mercado financeiro e de capitais, notadamente das normas que lhe são aplicáveis e dos conceitos por elas utilizados, os quais encontram guarida não apenas na norma tributária, mas em especial naquela que regulamenta o funcionamento dos mercados. Nesse sentido, mostra-se essencial a análise histórica da legislação/regulamentação, para o fim de demonstrar a evolução no tempo destas normas e como reagem às alterações verificadas no mercado que pretendem normatizar, inclusive sob o aspecto do fornecimento de informações.

Não obstante, também se lançou mão da dimensão empírica, já que decisões judiciais no âmbito tributário sobre sigilo bancário foram analisadas com o intuito de se verificar

como este último tem sido interpretado pelo Judiciário para fins de aplicação, com maior ou menor elasticidade em relação às limitações impostas pela norma.

De posse dos resultados dessas análises, efetuou-se a análise constitucional da matéria afeita ao sigilo bancário e fiscal, bem como dos limites ao fornecimento e circulação de informações relativas às operações no mercado financeiro e de capitais, em especial no que tange aos órgãos da administração tributária federal.

Dessa forma, realizadas as análises supramencionadas, obteve-se um arcabouço de conclusões suficientes para identificar o aumento do volume de informações para os órgãos da administração tributária, e identificar em que medida o acesso a tais informações é positivo para a melhoria da legislação e regulamentação tributária aplicável às operações de renda variável no mercado de capitais, bem como para a análise de eventuais impeditivos para o fornecimento dessas informações em decorrência do sigilo bancário e fiscal, buscando-se propor caminhos para tornar a tributação dessas operações mais eficientes.

As análises conduzidas ao longo da dissertação encontram-se divididas em três capítulos e uma conclusão. No **Capítulo 1** será analisado o tema dos mercados financeiro e de capitais, com o detalhamento de suas funções e das operações que são neles cursadas, com enfoque para as operações realizadas e registradas em mercados organizados de bolsa e de balcão, a fim de se demonstrar como a estrutura desses mercados, de seus participantes e das operações ali existentes permitem a construção de uma sistemática tributária específica para o imposto de renda. Também será trazido o histórico da legislação tributária do imposto de renda aplicável ao mercado de capitais, bem como indicadas as características e sistemáticas desta tributação a fatos geradores tão específicos (como o ganho líquido, por exemplo).

Ato contínuo, buscar-se-á analisar no **Capítulo 2** desde as origens conceituais e históricas do sigilo bancário de informações e da proteção à intimidade da pessoa, passando-se pela proteção do direito fundamental à privacidade e a constituição do conceito de “sigilo bancário”, com análise das bases legais que atualmente o amparam. Adicionalmente, será detalhado como a proteção ao sigilo bancário no Brasil é sistematizada, enfocando-se as instituições e órgãos públicos que figuram como atores dessa matéria, bem assim a visão da doutrina e da jurisprudência no Brasil e o caminho interpretativo que parece estar sendo trilhado.

Com essa visão, e estando delimitado o objeto da análise e as discussões doutrinárias e jurisprudenciais existentes, dar-se-á, no **Capítulo 3**, enfoque para os princípios constitucionais que regem o sistema tributário e para a problemática acerca da falta de

informações pela administração tributária, não apenas no que tange aos efeitos imediatos para a arrecadação, decorrentes das dificuldades enfrentadas pela fiscalização e controle das obrigações tributárias, mas também para fins de entendimento das hipóteses de incidência tributária e dos atos e fatos da realidade que a infirmam, sendo a análise direcionada a como a falta de informações prejudica a interpretação dos fatos da vida e leva a administração tributária, bem como o próprio Estado (na figura do Legislativo) a elaborar normas por vezes inadequadas, com reflexos negativos para os contribuintes, para a ordem econômica e, por fim, como que em um ciclo vicioso, à própria arrecadação.

Para alcançar os objetivos desse capítulo, o tema da ausência de acesso a informações pela administração tributária será abordado tanto pelo viés econômico como também pelo viés de análise estrutural da administração tributária, de suas competências, objetivos, funções e processos (inclusive aqueles de cunho tecnológico, cada vez mais importantes para o acesso, uso e controle de informações), no intuito de se demonstrar como a ausência de informações acarreta ineficiência para a atividade desse órgão, bem como para o próprio sistema tributário, refletindo esta ineficiência no mercado de capitais e em suas operações, eventualmente afetadas pelo desconhecimento sobre o seu funcionamento pela administração tributária. Ainda, tratar-se-á sobre a forma como o acesso a essas informações possibilitará o desenvolvimento de um mercado de capitais mais eficiente e com maior segurança jurídica, com uma norma tributária que reflita a natureza das operações financeiras. Tais estudos partem de uma premissa que se pretende ter sido comprovada nos capítulos precedentes: a falácia acerca da proteção às informações bancárias como objeto de proteção essencial da intimidade das pessoas.

Por fim, no capítulo destinado às **Conclusões**, serão delineadas as principais ideias e raciocínios levados a cabo ao longo do estudo, com o reforço dos resultados alcançados.

1 A TRIBUTAÇÃO DAS OPERAÇÕES NOS MERCADOS FINANCEIRO E DE CAPITAIS

1.1 Os mercados financeiro e de capitais: objetivos

Os mercados financeiro e de capitais englobam vários tipos de operações que podem ser realizadas com títulos, ativos e valores mobiliários, por meio de negociação e/ou registro de operações em diferentes ambientes, com diferentes classes de participantes e de emissores (públicos e privados). Essas operações podem ocorrer de forma mais ou menos controlada e regulada, e ainda podem ser segregadas de acordo com características específicas dos ativos transacionados.

Em termos conceituais, cada um dos referidos mercados possui propostas muito específicas. O mercado financeiro, formado por um leque de instituições financeiras e seus clientes (aqui genericamente considerados), tem por escopo a transferência de recursos na economia, por meio de operações denominadas, genericamente, de bancárias. Os bancos, a mais tradicional das instituições financeiras, têm por função auxiliar na promoção da política monetária do Estado, em especial por meio da geração de crédito ao público, em operações de intermediação bancária: há a guarda/coleta de recursos dos clientes pela ponta passiva do banco, e a utilização destes recursos para crédito ao público em geral na ponta ativa.¹

Sujeito à regulamentação do Banco Central do Brasil (Bacen), autarquia federal especializada e independente, o mercado financeiro e seus participantes sujeitam-se a uma série de riscos (em especial o risco de crédito, o risco de liquidez e o risco de liquidação) que, conjuntamente considerados, resultam em um quarto e mais grave risco, que é o risco sistêmico, ou seja, risco de que todo o sistema financeiro seja contaminado e entre em colapso, gerando uma onda de inadimplementos que leve à quebra de instituições financeiras e, conseqüentemente, de enxugamento de recursos na economia real.²

Com proposta diferente, há o denominado mercado de capitais. Este mercado, em termos estruturais, é caracterizado justamente pelo inverso do que ocorre no mercado financeiro, em decorrência da sua natural desintermediação bancária ou financeira. Nele, a poupança popular (que no mercado financeiro é coletada pelos bancos e utilizada na geração

¹ FORTUNA, Eduardo. Mercado Financeiro: produtos e serviços. 19ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Qualitymark Editora, 2013, p. 17.

² PINHEIRO, Armando Castelar; Saddi, Jairo. Direito, economia e mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 451.

de políticas de crédito a terceiros interessados em utilizá-la para fins de consumo e/ou investimento produtivo) é (ou, pelo menos, deveria ser) diretamente direcionada ao setor produtivo, inexistindo intermediários no que se refere à destinação e utilização dos recursos: os detentores de recursos (superavitários) podem promover o investimento direto em entidades e estruturas de investimento que escoarão os recursos para a atividade escolhida.

Se no mercado financeiro o principal risco a ser considerado é o sistêmico, com enfoque sobre as instituições financeiras (“*gate keepers*”³), no mercado de capitais o risco a ser considerado é o de conduta, uma vez que os recursos são transferidos por um grupo credores (investidores) a um grupo de devedores (atividades investidas), devendo haver segurança no mercado no sentido de que este segundo grupo, ao acessar os investidores para fins de coleta de recursos, não: (i) promoverá atos que afrontem as condições em que tais recursos foram tomados; (ii) desviará os recursos captados para fins outros que não os inicialmente contratados; (iii) promoverá concentração indevida de atividades econômica, em detrimento da própria ordem econômica; e (iv) deixará de divulgar informações relevantes aos investidores, nem prestará informações parciais ou indevidas a estes.

O regulador nato do mercado de capitais é a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), autarquia federal especializada e independente, que, com auxílio do Bacen para uma gama variada de temas, possui competência para regular⁴ o mercado de capitais, seus participantes, clientes e ativos financeiros.

Cada um desses dois mercados, cada qual com seus objetivos específicos, tem como escopo comum promover o desenvolvimento econômico e o crescimento da economia real. Contudo, em razão de seus diferentes riscos, bem como dos fluxos financeiros e de ativos, e participantes (conforme será adiante mais bem detalhado), os tipos de operações neles realizados também são distintas.

No mercado financeiro, os bancos detêm o controle sobre a forma de intermediar os recursos, podendo fazê-lo observados os limites impostos pela legislação e pela regulamentação, esta última editada pelo Conselho Monetário Nacional (CMN)⁵ e pelo Bacen. Com isso, as operações financeiras acabam sendo aquelas que envolvem, necessariamente, uma instituição financeira e se relacionam à intermediação financeira,

³ COOFFEE JR., John C. The Acquiescent Gatekeeper: Reputational Intermediaries, Auditor Independence and the Governance of Accounting, Columbia Law School, The Center for Law and Economics Studies, Working Paper No. 191, May 21, 2001. Disponível em: http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=270944. Acesso em: 17.05.2016, p. 2-6.

⁴ Para os fins do presente trabalho, o termo “regular” será sempre utilizado no intuito de conjugar o exercício de três atividades: controlar, fiscalizar e regulamentar.

⁵ Nos termos do art. 2º da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

visando tomada de recursos e realização de empréstimos. É neste ambiente que se regulam os juros financeiros, o qual determinará o custo dos recursos (dinheiro) no tempo, em razão de variáveis como liquidez financeira, apetite econômico do mercado de consumo e inflação.

Já no mercado de capitais, no qual há troca de recursos diretamente entre credores e devedores, encontramos uma gama maior de formas por meio das quais os devedores buscam captar recursos junto aos investidores, cada qual com características e efeitos diversos. Todas estas formas, contudo, se submetem e devem se ater à legislação e à regulamentação do CMN, da CVM, e, eventualmente, do Bacen.

As operações no mercado de capitais podem ter características de cunho patrimonial (também conhecidas como operações de *equity*, como quando um investidor subscreve ações ou as adquire em mercados organizados) ou de financiamento (também conhecidas como operações de *debt*, como o são as debêntures sem direito à conversão em ações, papéis representativos de verdadeiros empréstimos entre companhias e credores), bem assim serem utilizadas para fins de proteção financeira (como o são as operações com derivativos para fins de *hedge*), ou mesmo especulação (necessárias para o fim de geração de liquidez em mercados secundários).

Há também a classificação dessas operações em mercado primário (no qual os investidores e tomadores realizam operações diretamente) e mercado secundário (no qual os investidores realizam a negociação e ou o registro de operações com os ativos financeiros existentes). E, paralelamente, as operações podem, ainda, ser classificadas, de acordo com um critério de liquidação da operação, em mercados à vista e de liquidação futura, sendo certo que este último se divide em mercado de opções, futuro e a termo.⁶

1.1.1 Características das operações no mercado de capitais

As operações no mercado de capitais são realizadas/registradas com ativos financeiros classificados como valores mobiliários, que se encontram identificados e definidos no art. 2º da Lei n. 6.385/1976,⁷ estando os valores mobiliários, juntamente com

⁶ Interessante observar, neste sentido, que embora a legislação tributária desde a Lei Lei nº 7.799, de 10/07/1989, tenha se referido e segregado a forma de tributação das operações à vista, de futuros, termo e opções de acordo com a forma de sua liquidação (à vista ou futura), inclusive considerando o momento em que a liquidação ocorre para fins de determinação do fato gerador do imposto de renda, é sempre a realização ou registro da operação que é considerado como determinante para fins de identificação da operação.

⁷ “Art. 2º São valores mobiliários sujeitos ao regime desta Lei: (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001)

I - as ações, debêntures e bônus de subscrição; (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001)

seus emissores, distribuidores, intermediários, agentes, clientes, estruturas de mercado (participantes do mercado) e ambientes de negociação, registro e depósito, sob a competência regulatória da Comissão de Valores Mobiliários (art. 8º da supracitada Lei).

Em razão de suas características, os valores mobiliários podem ser classificados como ativos de negociação à vista (ações, certificados, debêntures, cotas de fundos, etc.) e ativos com liquidação futura, ou, em outros termos, derivativos (contratos futuros, opções, termo e *swap*).

Nos termos da regulamentação da CVM (Instrução CVM n. 461, de 23 de outubro de 2007), estes instrumentos podem ser negociados em três tipos diferentes de mercados, a saber: mercado organizado de bolsa, mercado organizado de balcão e mercado de balcão não organizado.⁸ Todos estão sujeitos à regulamentação, fiscalização e supervisão específica da CVM, sendo certo, no entanto, que os dois primeiros mercados devem ser administrados por entidades autorreguladoras autorizadas pela CVM, enquanto o terceiro não possui este tipo de entidade.⁹

II - os cupons, direitos, recibos de subscrição e certificados de desdobramento relativos aos valores mobiliários referidos no inciso II; (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001)

III - os certificados de depósito de valores mobiliários; (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001)

IV - as cédulas de debêntures; (Inciso incluído pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001)

V - as cotas de fundos de investimento em valores mobiliários ou de clubes de investimento em quaisquer ativos; (Inciso incluído pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001)

VI - as notas comerciais; (Inciso incluído pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001)

VII - os contratos futuros, de opções e outros derivativos, cujos ativos subjacentes sejam valores mobiliários; (Inciso incluído pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001)

VIII - outros contratos derivativos, independentemente dos ativos subjacentes; e (Inciso incluído pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001)

IX - quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros. (Inciso incluído pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001)

§ 1º Excluem-se do regime desta Lei: (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001) (Vide art. 1º da Lei nº 10.198, de 14.2.2001)

I - os títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal; (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001)

II - os títulos cambiais de responsabilidade de instituição financeira, exceto as debêntures. (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001)

(...)

⁸ *“Art. 2º Os mercados regulamentados de valores mobiliários compreendem os mercados organizados de bolsa e balcão e o mercados de balcão não-organizados”.*

⁹ *Artigo 4º da ICVM nº 461/07: “Art. 4º Considera-se realizada em mercado de balcão não organizado a negociação de valores mobiliários em que intervém, como intermediário, integrante do sistema de distribuição de que tratam os incisos I, II e III do art. 15 da Lei nº 6.385, de 1976, sem que o negócio seja realizado ou registrado em mercado organizado que atenda à definição do art. 3º.*

Parágrafo único. Também será considerada como de balcão não organizado a negociação de valores mobiliários em que intervém, como parte, integrante do sistema de distribuição, quando tal negociação resultar do exercício da atividade de subscrição de valores mobiliários por conta própria para revenda em mercado ou de compra de valores mobiliários em circulação para revenda por conta própria”.

Além disso, os mercados organizados, sejam de bolsa ou de balcão, diferem-se dos mercados não organizados em razão da existência, naqueles, de regras pré-definidas que delineiam a forma de realização/registo das operações, permitindo melhores fiscalização e supervisão, o que não é verificado neste último. Assim, quanto mais evoluído o mercado em termos regulatórios, e quanto maior a transparência que se visa obter acerca das operações realizadas pelos investidores, maiores serão os incentivos para que os agentes de mercado operem por meio de mercados organizados, em detrimento dos mercados não organizados, que pecam pela falta de transparência, deixando os reguladores muitas vezes às cegas quanto às operações neles cursadas.

Do ponto de vista de controles regulatórios, obtenção de informações para evitar falhas que geram riscos de mercado (liquidez, crédito e sistêmico), segurança do sistema e proteção aos investidores (em especial os hipossuficientes) denota-se que os mercados regulados são preferidos aos não regulados.

Todavia, importante destacar que as operações privadas não são consideradas como realizadas nos mercados não organizados, sendo estes, conforme redação do art. 4º da Instrução CVM n. 461/2007, definidos como aqueles em que há, pelo menos, a atuação, como intermediário ou como parte, de uma entidade integrante do sistema de distribuição de valores mobiliários de que tratam os incisos I, II e III do art. 15 da Lei n. 6.385/1976 (por exemplo, as distribuições públicas iniciais de ações, distribuídas por intermediários aos investidores em período anterior à oferta pública de ações de uma determinada companhia (IPO)).

1.1.2 Mercados organizados de valores mobiliários

Com relação aos mercados organizados, como acima dito, eles se dividem em mercados de bolsa e de balcão. Uma vez que ambos são organizados e, portanto, pressupõem um ordenamento mínimo de regras acerca de seu funcionamento, podemos logo distingui-los no que tange ao grau de controle que impõem aos agentes que neles operam e às operações neles cursadas, bem como (e em especial) à forma como essas operações são realizadas e quais critérios devem observar.

A diferença entre esses mercados pode ser verificada (nos termos da legislação que rege o mercado de capitais, mas, mais ainda, nos termos da regulamentação editada pela CVM, a Instrução CVM n. 461/2007), em relação às operações neles encontradas, da seguinte forma:

- (i) no mercado de bolsa as operações são realizadas por clientes que não se conhecem, por meio de processos que envolvem um intermediário (corretora de valores ou de mercadorias), enquanto que no mercado de balcão pode ocorrer a realização de uma operação de forma muito semelhante ao que ocorre em bolsa, mas há também a possibilidade de haver operações meramente registradas pelas partes em um ambiente de registro depois de serem realizadas diretamente entre as partes;
- (ii) no mercado de bolsa as operações são sujeitas a controle para o fim de não haver manipulação do preço formado em seu ambiente e permitir a estipulação de preço público para os ativos ali negociados, enquanto que no mercado de balcão, mesmo em um sistema que permita a realização de operações, e não apenas seu registro, estes sistemas de controle para fins de formação de preço público não são obrigatórios (a menos que se queira, de fato, constituir um ambiente de bolsa);
- (iii) no mercado de bolsa há, assim como no mercado de balcão, em que há efetiva realização de operações, a prestação de informações em tempo real sobre as operações ali negociadas, ao passo que no mercado de balcão com sistemas de registro puro não há a prestação dessas informações, justamente pelo fato de que não se busca formação de preço em tais ambientes.

1.1.3 Estrutura dos agentes no mercado de capitais

O mercado de capitais, cujo principal regulador é a CVM e no qual são negociados e registrados valores mobiliários, é composto por entidades (aqui também denominados “participantes”) previstos taxativamente em lei (incisos I a VII do art. 15 da Lei n. 6.385/1976), os quais desenvolvem funções específicas no denominado “sistema de distribuição de valores mobiliários”.

Essas entidades podem ser, para fins didáticos e para o que se pretende estudar no presente trabalho, divididas em seis grupos de funções: (i) instituições financeiras ou sociedades que tenham por objeto distribuir valores mobiliários quando de sua emissão (inciso I do art. 15); (ii) instituições financeiras ou sociedades que tenham por objeto a compra de valores mobiliários em circulação no mercado para revenda por conta própria (inciso II do art. 15); (iii) instituições financeiras, sociedades, agentes autônomos e operadores especiais que exerçam atividades de mediação/intermediação de valores mobiliários (“intermediários”) em bolsas de valores, mercadorias e futuros ou no mercado

de balcão (incisos III e VI do art. 15); (iv) bolsas de valores, de mercadorias e futuros (incisos IV e VI do art. 15); (v) entidades de mercado de balcão organizado (inciso V do art. 15); e (vi) entidades de compensação e liquidação de operações com valores mobiliários (inciso VII do art. 15).

Deve-se, ainda, destacar quatro grupos de participantes do mercado de capitais que, a despeito de não constarem no rol legal do sistema de distribuição de valores mobiliários, exercem funções relevantes para seu funcionamento. São eles: (vii) os custodiantes, previstos no art. 24 da Lei n. 6.385/1976 e regulamentados pela Instrução CVM n. 542, de 20 de dezembro de 2013, cuja atividade, que depende de autorização pela CVM, pode ser exercida privativamente por instituições financeiras, entidades de compensação ou entidades autorizadas, na forma da lei, a prestar serviços de depósito centralizado; (viii) entidades autorizadas a prestar serviços de depósito centralizado (também conhecidas como “depositários centrais”), previstas no art. 22 e seguintes da Lei n. 12.810, de 15 de maio de 2013, e regulamentadas pela Instrução CVM n. 541, de 20 de dezembro de 2013, e pela Circular Bacen n. 3.743, de 08 de janeiro de 2015, autorizadas pelo Bacen e pela CVM (cada qual no âmbito de suas competências), sendo responsáveis pela integridade dos sistemas por elas mantidos e dos registros correspondentes aos ativos financeiros e valores mobiliários, fungíveis e infungíveis, sob sua guarda centralizada, controle de titularidade efetiva e o tratamento de eventos; (ix) entidades autorizadas a prestar serviços de escrituração de ativos financeiros e de valores mobiliários, previstas no § 2º do art. 24 da Lei n. 12.810, de 15 de maio de 2013, e em regulamentação esparsa da CVM, sendo responsáveis por manter guarda e controles próprios sobre os ativos financeiros e valores mobiliários por elas escriturados, além de dever refletir fielmente os controles de titularidade do depositário central; e (x) entidades autorizadas a prestar serviços de registro de ativos financeiros e de valores mobiliários, previstas no art. 28 da Lei n. 12.810, de 15 de maio de 2013 (e que, para fins de regulamentação, já são tratados pela Instrução CVM n. 461, de 23 de outubro de 2007, como sendo as entidades de balcão organizado, e, pelo Bacen, por meio da Circular n. 3.743, de 08 de janeiro de 2015), autorizadas pelo Bacen e pela CVM (cada qual no âmbito de suas competências), sendo responsáveis pela escrituração, armazenamento e publicidade de informações referentes a transações financeiras, “ressalvados os sigilos legais”.

Todas as entidades que se enquadram nos dez grupos acima referidos acabam por exercer atividades direta ou indiretamente relacionadas à negociação ou ao registro de valores mobiliários no mercado de capitais brasileiro.

Para fins do presente trabalho, analisaremos apenas as operações com valores mobiliários realizadas no ambiente de negociação de bolsas de valores, mercadorias e futuros, as quais dependem da participação das seguintes entidades: o investidor (aqui, por enquanto, genericamente consideradas as pessoas físicas e jurídicas, incluindo os não residentes, e eventualmente denominados de “comitentes”), o intermediário, o custodiante (a depender do valor mobiliário negociado), o depositário central (a depender do valor mobiliário negociado), os escrituradores/emissores, as entidades autorizadas a prestar serviços de compensação e liquidação e as instituições financeiras que atuam como liquidantes dessas operações (contratados pelos intermediários dos comitentes).

Cada uma dessas entidades possui acesso a determinadas informações das operações realizadas pelos investidores, que incluem custo individual de aquisição, valor de venda, quantidade de valores mobiliários negociados, saldo de valores mobiliários em custódia, valores financeiros pagos e recebidos, datas das operações e liquidações. Estas informações, cujo acesso é inato às entidades acima mencionadas em decorrência e para os fins dos serviços financeiros por elas prestados, devem ser por estas conservadas em sigilo nos termos do art. 1º da Lei Complementar n. 105, de 10 de janeiro de 2001 (“LC 105/2001”), conforme veremos em tópico adiante. Não é por menos que tais entidades constem, taxativamente, no rol de entidades previsto no § 1º do art. 1º da LC 105/2001.

Mas quais as razões que levam à escolha do estudo apenas em relação às operações realizadas, e não às operações registradas, de valores mobiliários? Para responder a esta questão, mostra-se necessário demonstrar as diferenças entre essas operações.

1.2 Operações realizadas e registradas

O mercado de capitais, conforme exposto acima, surge como uma alternativa de captação de recursos pelos particulares sem a necessidade de haver uma intermediação bancária. Isso não quer dizer que o mercado de capitais dispensa a participação de bancos e outras instituições financeiras, mas que atuam com outras funções.

Com o tempo, em especial a partir dos anos 1970, outras operações que não aquelas tradicionais operações com ações de emissão de companhias abertas foram sendo criadas, muitas delas se tornando possíveis em razão das inovações e avanços tecnológicos.¹⁰ Surgiam os instrumentos derivativos “modernos”, os quais permitiam desde a proteção a

¹⁰ YAZBEK, Otavio. Regulação do mercado financeiro e de capitais. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 99-103.

riscos de variação de preços, taxas e índices, além de possibilitar a proteção a riscos futuros e negociação prévia de preços de ativos para entregas futuras.

As operações com instrumentos derivativos, por sua complexidade e montante dos valores transacionados, surgem, originalmente, na forma de contratos negociados entre instituições financeiras, as quais os mantinham (e os mantêm até hoje, em algumas jurisdições) arquivados com as contrapartes, na instituição financeira que fosse uma das pontas da operação (quando as operações eram realizadas com clientes não financeiros), ou, no máximo, nas instituições que serviam como agentes de cálculo para fins de liquidação dos contratos.

Estas operações com instrumentos derivativos, bem assim outras operações com valores mobiliários que eram negociados diretamente entre particulares, sem a participação de uma entidade autorizada a administrar mercados organizados, não possuem, contudo, uma centralização para fins de controle ou supervisão pelos órgãos reguladores de uma determinada jurisdição. E, sem esta centralização, impossível saber em que medidas estas operações eram realizadas a preços condizentes com valores que seriam considerados adequados “a mercado”, nem o grau de risco de crédito a que as instituições financeiras estavam expostas. E, assim, os reguladores locais não poderiam prever ou controlar o grau de risco sistêmico existente. Pode-se exemplificar os riscos desta falta de controle (e seus efeitos) por meio da crise do *subprime*, em 2008. Hoje, no Brasil, a totalidade das operações com derivativos devem, obrigatoriamente, ser negociadas ou registradas em entidades autorizadas pela CVM a administrar mercados organizados de bolsa ou de balcão, respectivamente.

Para evitar a exposição dos mercados a exposições financeiras de instituições financeiras que centralizavam operações com derivativos, os reguladores, fundados em legislação competente, passaram a exigir que referidas operações privadas com valores mobiliários fossem registradas em ambientes de registro administrados por entidades autorizadas para tanto. No Brasil, a previsão destas entidades existe desde a edição da Lei n. 6.385/1976,¹¹ denominadas de entidades de balcão, em literal referência a locais nos quais se pode levar documentos a registro.

Atualmente, a regulamentação da CVM que se aplica a esta matéria é a Instrução CVM n. 461, de 23 de outubro de 2007, a qual denomina expressamente esses ambientes

¹¹ Vide, em especial, art. 2º, art. 4º, III, art. 15, III e V, art. 17, §1º, art. 18, I, “c”, “d” e “f”, II, “a”, art. 21, II, §3º, da Lei nº 6.385/76.

como “mercados de balcão organizados”, bem como as entidades que os administram como “entidades autorizadas a administrar mercados de balcão organizado”.

Assim, as operações registradas são aquelas que inicialmente são firmadas entre as partes e, posteriormente, levadas a registro, para o fim de serem concentradas em ambientes passíveis de fiscalização e supervisão por parte da CVM e pelo Bacen (a quem estas entidades também devem submeter solicitação para autorização). Contudo, e embora haja um controle exigido pela regulamentação para ser exercido pelas entidades administradoras, as operações registradas não precisam estar atreladas aos preços praticados a mercado (ou mensuráveis pelo mercado). E justamente porque tais operações são realizadas em ambientes privados, apenas depois são levadas a tais ambientes para controle pelos órgãos reguladores.

Por seu turno, as operações negociadas em bolsa têm como pressuposto serem realizadas (por meio de intermediários) em ambientes organizados que permitem uma formação pública de preço, com acesso irrestrito de comitentes e a divulgação em *real time* dos dados das operações negociadas, para conhecimento pelos participantes do mercado.

Todas as operações são, portanto, realizadas. Contudo, a legislação diferencia conceitualmente aquelas que são negociadas diretamente nos ambientes de bolsa (realizadas) daquelas que são negociadas previamente entre as partes e depois levadas a registro (registradas).

Reside aqui uma diferença abissal entre as operações registradas e as operações realizadas: as primeiras são levadas a registro em ambientes regulados depois de já terem sido celebradas por partes que se conhecem, com uma verificação *a posteriori*, enquanto a operações realizadas a mercado, em ambiente bursáteis (também regulamentados pela supramencionada Instrução CVM n. 461/2007),¹² são praticadas por partes que não se conhecem e sempre formam um preço público, um preço a mercado, sem interferência de interesses específicos (desde que, logicamente, observados os controles e mecanismos previstos na regulamentação da CVM e autorregulação das bolsas).

Dessa forma, o preço de negociação praticado nas operações realizadas em bolsa pode ser entendido como um preço confiável para ser praticado por todo o mercado, enquanto que o preço de uma operação registrada não visa atingir um preço a mercado, mas sim atender a uma operação necessária ou pertinente para duas partes.

Estas diferenciações entre as operações realizadas e registradas em mercados organizados foram captadas desde a edição da Lei n. 7.799/1989, bem assim pelas

¹² PILATTI, Érico Rodrigues. Problemática do Conceito de Entidades Assemelhadas. 2012. Tese de conclusão de curso (Direito Tributário) – INSPER, São Paulo, 2014.

legislações posteriores, atualmente consolidadas na Lei n. 8.981/1995, na legislação tributária aplicável aos ganhos em operações realizadas em ambientes de bolsa e assemelhadas e em operações registradas em ambientes de balcão, com exceção das operações de liquidação futura, que, desde o advento do art. 71 da Lei n. 9.430,¹³ de 27 de dezembro de 1996, tiveram seus ganhos equiparados aos ganhos em operações realizadas em ambientes de bolsa.

E a fundamentação para esta diferenciação é simples: enquanto que as operações realizadas em ambientes de bolsa resultam de preços a mercado, tanto seus ganhos quanto suas perdas não são controláveis pelos participantes, razão pela qual se permite a compensação das perdas com os ganhos existentes (resultando no que a legislação denomina de “ganho líquido”. Já nas operações registradas em ambientes de balcão organizado, os preços não estão vinculados àqueles praticados a mercado e, portanto, poderiam ser geradas perdas propositais para compensação com ganhos em outras operações para se obter bases de cálculo nulas ou negativas, razão pela qual a legislação tributária determina a apuração deste ganho como ganho de capital, sem dedução de perdas.

Tanto as operações realizadas quanto as registradas são controladas em ambientes que permitem a fiscalização e supervisão por parte dos reguladores do mercado financeiro e de capitais, sendo certo que as entidades que administram esses ambientes, bem assim os intermediários e demais participantes que prestam serviços para os investidores das operações, são obrigados, nos termos da legislação e regulamentação do mercado de capitais,¹⁴ a manter o registro das informações acima mencionadas sobre as operações, justamente para o fim de permitir a atividade fiscalizatória e de supervisão.

As bases de dados detidas por esses participantes de mercado poderiam servir — assim como servem aos reguladores do mercado com intuito de controle, fiscalização e supervisão, mas também para o melhor entendimento do comportamento do mercado — à administração tributária não apenas para fins de fiscalizações com vista ao aumento da arrecadação, mas também para o melhor entendimento da dinâmica e funcionamento do

¹³ “Art. 71. Sem prejuízo do disposto no art. 74 da Lei n° 8.981, de 20 de janeiro de 1995, os ganhos auferidos por qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta, nas demais operações realizadas em mercados de liquidação futura, fora de bolsa, serão tributados de acordo com as normas aplicáveis aos ganhos líquidos auferidos em operações de natureza semelhante realizadas em bolsa.

§ 1º Não se aplica aos ganhos auferidos nas operações de que trata este artigo o disposto no § 1º do art. 81 da Lei n° 8.981, de 20 de janeiro de 1995.

§ 2º Somente será admitido o reconhecimento de perdas nas operações registradas nos termos da legislação vigente.”

¹⁴ Citando, como exemplo, o art. 12, §1º da Instrução CVM n. 387, de 29 de abril de 2003.

mercado, podendo servir como subsídio para uma legislação e regulamentação tributárias mais aderentes à realidade dos participantes.

E, para fins do presente estudo, como não apenas uma base de informações hígida é relevante para fins tributários, mas também a forma pela qual ela é formada, opta-se por restringir a análise às operações realizadas, decorrentes de processos de negociação em ambientes de bolsa com formação de preço público, e que resultam na apuração de ganhos líquidos (considerando-se dentro deste conceito, apenas em razão de expressa disposição legal, também as operações de liquidação futura registradas em balcão organizado). A consideração das operações registradas em ambientes de balcão traria outras discussões sobre a acuidade das informações decorrentes dessas operações, bem assim sobre a possibilidade de acesso, que fogem ao objetivo deste trabalho.

1.3 Diferenciação entre operações denominadas de “renda fixa” e de “renda variável”

Outra classificação — que não se confunde com a tratada no tópico anterior, que diferencia as operações em razão da forma como e do ambiente em que são formalizadas (operações realizadas (negociação) e registradas) —, é aquela que toma como critério de diferenciação a predeterminação do resultado a ser verificado.

Pela ótica do conceito econômico, nada mais claro: quando da realização de uma operação, em razão de (i) suas características, (ii) sua estrutura e (iii) sua finalidade,¹⁵ o investidor sabe se os rendimentos (em sentido econômico de retornos) decorrentes dessa operação são (a) incertos e, portanto, variáveis, não detendo conhecimento prévio sobre o resultado financeiro da operação, ou (b) determinados ou determináveis e, portanto, conhecidos ou conhecíveis, podendo ser previamente mensurados. Ou seja, a primeira corresponderia a operações de renda variável, enquanto a segunda a operações de renda fixa.

Este conceito, simples em sua essência econômica, infelizmente não foi adequadamente vertido para a legislação tributária quando o legislador decidiu nela incorporá-lo. E isso em razão da simplista correlação criada sobre o conceito econômico vertido. Mas, para avançarmos, vamos, primeiramente, dar um passo atrás.

O legislador, quando da elaboração da legislação tributária (e que se encontra perpetuada até o momento pela legislação em vigor) que determina as regras matrizes de incidência do imposto de renda sobre operações financeiras (sendo uma exceção à tributação

¹⁵ BIFANO, Elidie Palma. O mercado financeiro e o imposto sobre a renda. 2ª. ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 87-88.

universal da renda, consoante previsão do art. 43 da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional (“CTN”)), segrega, para fins tributários, as operações financeiras do “mercado de renda fixa” (arts. 65 a 71 da Lei n. 8.981/1995) daquelas do “mercado de renda variável” (arts. 72 a 75 da Lei n. 8.981/1995).

Em relação às operações financeiras do mercado de renda fixa, o legislador denominou como “rendimento” o resultado positivo auferido quando da alienação¹⁶ do ativo e apuração da base de cálculo, sujeitando-o à sistemática do imposto de renda na fonte.

Por seu turno, em relação às operações do mercado de renda variável, o legislador restringiu o caráter espacial destas operações àquelas “*realizadas nas bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas*”, e denominou de “ganhos líquidos” o resultado positivo auferido mensalmente em razão da alienação de valores mobiliários, determinando a base de cálculo pela diferença entre valores de venda e custo médio de aquisição, permitindo, ainda, a dedução de despesas diretamente ligadas às operações e a compensação de perdas no período e em períodos passados.

E, para estas operações, o legislador determinou a aplicação da sistemática do autorrecolhimento pelos investidores, pessoas físicas ou jurídicas, uma vez que estes são os efetivos detentores e gestores¹⁷ da informação de custo necessária para a apuração da base de cálculo.

Contudo, podemos já perceber ajustes que foram introduzidos na norma para permitir um melhor funcionamento do mercado e/ou facilitar a fiscalização por parte do fisco, as quais demonstram como os conceitos econômicos começam a ser distorcidos pelo legislador tributário. Como exemplo:

- (i) a previsão contida no art. 65, § 3º, da Lei n. 8.981/1995, que, ao dispor que “os rendimentos periódicos produzidos por título ou aplicação, *bem como qualquer remuneração adicional aos rendimentos prefixados*, serão submetidos à incidência do imposto de renda na fonte por ocasião de sua percepção”, remeteu todo e qualquer ganho de operações para as quais não haja disposição específica de regra de incidência tributária à tributação pelo imposto de renda na fonte à sistemática

¹⁶ Nos termos do art. 65, §2º da Lei nº 8.981/95, compreende-se como alienação “*qualquer forma de transmissão da propriedade, bem como a liquidação, resgate, cessão ou repactuação do título ou aplicação*”.

¹⁷ A utilização do termo “gestores” aqui serve para explorar como, para algumas estruturas de operações, a gestão adequada da informação acaba sendo possível apenas pelos investidores, como no caso de identificação das operações para fins de definição da base de cálculo de operações de empréstimo de valores mobiliários.

- prevista para operações do mercado de renda fixa, mesmo que a operação em si não produza resultados pré-determinados ou determináveis; e
- (ii) a previsão contida no art. 74 da Lei n. 8.981/1995, que determina a sujeição dos rendimentos de operações de *swap* à incidência do imposto de renda na fonte.

No caso do item (i), a norma tributária desvirtua o sentido econômico do que seriam operações de renda fixa, uma vez que enquadra toda e qualquer operação que não possua regra matriz de incidência tributária expressamente prevista em lei na sistemática do imposto de renda na fonte, a qual deveria ser aplicada apenas às operações com rendimentos pré-determinados ou determináveis. Assim, criada uma operação tipicamente de renda variável, com possibilidade de ganhos não controláveis em razão da variação do valor do ativo financeiro a mercado, ela estará sujeita à sistemática tributária de operações de renda fixa, por expressa disposição legal.

É importante mencionar, neste ponto do raciocínio, que todas as operações no mercado de capitais são intermediadas — seja a operação, seja o fluxo financeiro — por participantes instituições financeiras que atuam como fonte pagadora dos rendimentos ou dos resultados positivos. Assim, em relação aos rendimentos, é possível a estas instituições efetuar a retenção e recolhimento do imposto de renda na fonte quando lhes estiver disponível o fluxo financeiro do investidor.¹⁸

Ocorre que, por vezes, uma nova operação típica de renda variável, caso seja sujeita à tributação como se se enquadrasse como renda fixa para fins tributárias, acaba por distorcer seu racional econômico, tornando-a mais onerosa do que operações econômica e mercadologicamente idênticas, unicamente em razão do que determina (equivocadamente) a legislação tributária. É o caso, por exemplo, dos Certificados de Operações Estruturadas (“COE”),¹⁹ os quais são hoje, em sua totalidade, tributados como operações de renda fixa,²⁰ ao passo que podem existir COEs integralmente formados por ações listadas para negociação

¹⁸ O imposto de renda na fonte pressupõe que haja o trânsito de recursos financeiros pela instituição financeira responsável pela sua retenção, uma vez que o imposto é retido e um montante de recursos existente e disponível ao responsável tributário. O legislador tributário tem buscado introduzir, contudo, ao arropio desta norma, a obrigatoriedade de que determinadas operações com ganhos sejam retidas na fonte, obrigando o contribuinte a pagar ao responsável o valor correspondente ao imposto de renda, sob pena de não haver consumação da operação, como exemplo o art. 1º da Lei nº 13.043, de 13 de novembro de 2014.

¹⁹ O COE é um instrumento que mescla elementos de renda fixa e renda variável, tendo sido criado pela Lei 12.249/10, e pode ser emitido em duas modalidades: valor nominal protegido, com garantia do valor principal investido, ou valor nominal em risco, em que há possibilidade de perda até o limite do capital investido.

²⁰ Vide, nesse sentido, o art. 51 da Instrução Normativa RFB nº 1585, de 31/08/2015, que trata sobre a tributação do COE como operação de renda fixa, sujeito na fonte à alíquotas regressivas.

em mercado organizado de bolsa, tornando-os tributariamente diferentes de uma carteira de ações da mesma companhia.

No que se refere ao item (ii), a norma expressamente alterou, para fins tributários, a característica econômica das operações de *swap*. Embora enquadre tais operações dentro da seção de “Mercado de Renda Variável” (como economicamente se encaixam), conceitua seus resultados positivos como rendimentos, sujeitando-os à incidência do imposto de renda na fonte. Ocorre que tais rendimentos não são conhecidos previamente e estão sujeitos a variáveis de mercado não controladas pelos investidores, evidenciando uma renda variável. Neste caso, a intenção do legislador ao enquadrar as operações de *swap* no conceito de renda fixa, com percepção de rendimentos sujeitos ao imposto de renda na fonte, teve objetivo estritamente fiscalizatório.²¹

Esses dois exemplos demonstram como a tributação dos resultados das operações com valores mobiliários impacta significativamente a operação em si, que pode se tornar menos atrativa do ponto de vista tributário, mesmo que tenha sido criada para ser mais eficiente do ponto de vista econômico. Ou, ainda, e de forma mais danosa, resultando em distorções tributárias de determinada operação que acabam por também distorcê-la economicamente, bem como seu uso.

Conforme explanado na seção 1.2, as operações cursadas no mercado de capitais podem ser divididas em dois grandes grupos: à vista e de liquidação futura, sendo que este último pode ser subdividido em quatro, a saber: contratos futuros, opções, termo e *swap*, cada qual com suas características, estrutura e finalidade próprias.²² Dentro de cada um destes grupos há operações caracterizadas, do ponto de vista econômico, como sendo de renda fixa e outras de renda variável. Esta caracterização também ocorre para fins tributários, mas, como as características econômicas e adotadas pela legislação tributária não são idênticas, não há uma sobreposição perfeita entre estas classificações.

Isso é agravado pelo fato de que a legislação tributária impõe a tributação pelo imposto de renda das operações de renda fixa de forma unitária, operação a operação, e das operações de renda variável de forma consolidada pelo tipo de operação (à vista, futuro, opções e a termo). Com isso, e em que pesem raras exceções previstas na norma tributária, eventuais operações estruturadas e complexas que se utilizam de diferentes operações de

²¹ BIFANO, Elidie Palma. O mercado financeiro e o imposto sobre a renda. 2ª. ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 347-349.

²² BIFANO, Elidie Palma. O mercado financeiro e o imposto sobre a renda. 2ª. ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 255-258.

renda fixa com renda variável, ou mesmo todas de renda variável, mas de tipos diversos, acabam sendo tributadas individualizadamente, buscando-se fatos geradores e bases de cálculo que não deveriam ser enxergados, do ponto de vista econômico, de forma segregada.

Percebe-se, assim, que a legislação tributária do imposto de renda, ao dispor sobre operações de renda fixa e de renda variável, (i) altera e (ii) simplifica as estruturas econômicas das operações efetivamente intentadas, não estando preparada para atender aos anseios evolutivos e de desenvolvimento do mercado de capitais, afetando negativamente a eficiência econômica de operações com valores mobiliários, em clara demonstração negativa da extrafiscalidade²³ dos efeitos desta legislação.

Talvez o acesso a informações mais acuradas e detalhadas sobre as operações realizadas no mercado de capitais pudesse ser efetivo para a criação de uma norma tributária, bem como de sua interpretação, mais eficientes.

1.4 Os dados disponíveis e seus repositórios

A existência de informação fidedigna e seu fornecimento para os participantes do mercado são dois pilares de um mercado de capitais sadio e confiável.

Desde informações sobre os impactos de um temporal para um determinado setor produtivo, passando pela saúde financeira de uma companhia (demonstrada por meio de números em seu balanço trimestral ou pela comunicação ao mercado acerca do impacto negativo da variação cambial sobre uma dívida externa) e chegando até cotações em tempo real de ações listadas em bolsas de valores ou de ajustes diários em posições de derivativos, todas essas informações cumprem um papel essencial de planificar o conhecimento entre os agentes do mercado, devendo ser corretas e devendo ser possível acessá-las indistintamente.

Por meio do acesso irrestrito e adequado às informações que impactam os ativos negociados e seus emissores, busca-se impedir a ocorrência de uma das denominadas falhas de mercado: a assimetria informal. Esta pode ser caracterizada como a existência de informações, qualitativa e quantitativamente, assimétricas entre os agentes de um determinado mercado, que resultam em fenômenos como a seleção adversa, o risco moral e o comportamento de manada.²⁴

²³ Destaque-se que a extrafiscalidade aqui é não intencional, mas segue o sentido contido em SCHOUERI, Luís Eduardo. Normas tributárias indutoras e intervenção econômica. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

²⁴ YAZBEK, Otavio. Regulação do mercado financeiro e de capitais. 2^a. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 39-43.

Inicialmente, consubstanciado nos entendimentos da economia liberal clássica, entendia-se que o mercado era eficiente e promovia-se sua autogestão, não sendo necessária a intervenção estatal para se obter a maior eficiência possível. Entretanto, graças aos estudos realizados ao longo do século XX sobre as falhas de mercado e as conclusões obtidas acerca da incapacidade do mercado de resolver por si próprio a solução destas falhas, mostrou-se essencial a intervenção estatal, a fim de regular, dentre outros temas, o acesso e a qualidade da informação entre os agentes — sempre visando, ao final, o melhor funcionamento do mercado, com agentes que possam atuar tendo acesso às mesmas informações e de mesma qualidade, protegendo os investidores (considerados, pela lógica da regulamentação do mercado, hipossuficientes) e mitigando atuações por parte daqueles que poderiam fazer uso indevido de informações privilegiadas.

Por essa razão, analisando-se a legislação e regulamentação atinentes ao mercado de capitais no Brasil (assim como em outros países), podemos identificar uma série de dispositivos que determinam aos participantes (agentes) de mercado, a depender de suas atividades e funções, a obrigação de manter, consolidar, registrar, tratar, guardar e/ou fornecer (quando assim solicitado pelas pessoas competentes para tanto) as informações consideradas necessárias sobre os ativos financeiros (valores mobiliários), seus emissores, as respectivas operações realizadas/registradas, os demais participantes que delas participam, bem assim sobre os investidores titulares das operações.

Essas informações possuem, contudo, diferentes tratamentos em termos de divulgação e publicidade. Informações sobre os ativos negociados (valores mobiliários) e seus emissores acabam por ser, em razão de determinação da regulamentação da CVM, obrigatoriamente, divulgados e de acesso público quando da realização de ofertas públicas de distribuição (integrais ou com esforços restritos, a depender das características da operação), com atualizações contínuas por meio de instrumentos como o formulário de referência, a fim de que todos os investidores e participantes tenham conhecimento sobre as características, prazos e fatores de risco dos valores mobiliários e da operação, bem como informações financeiras, descrições sobre a administração e sobre o capital social do emissor e do ofertante do valor mobiliário.²⁵

²⁵ Vide, nesse sentido, as disposições contidas nas Instruções CVM nº 400, de 29/12/03, e 480, de 07/12/2009, que tratam, respectivamente, sobre as ofertas públicas de distribuição de valores mobiliários, nos mercados primário e secundário, e sobre o registro dos emissores de valores mobiliários admitidos à negociação em mercados regulados de valores mobiliários. Em ambas são especificadas as informações entendidas como essenciais para fins de conhecimento da operação, dos valores mobiliários e dos emissores, tanto pela CVM quanto pelo mercado, consubstanciadas nos instrumentos de registro e no prospecto da operação.

A CVM, por meio de instruções e deliberações, regula a forma como e as razões pelas quais os ofertantes e emissores devem manter atualizadas as informações públicas obrigatórias sobre si e sobre os valores mobiliários ofertados, assim como a prestação de informações ao Sistema de Informações de Créditos (SCR)²⁶ do Bacen e as informações contábeis contidas nas demonstrações financeiras, notas explicativas às demonstrações financeiras, relatórios de administração e demais instrumentos adotados para transmitir informações padronizadas aos investidores.²⁷

Os instrumentos derivativos também possuem regulamentação da CVM para fins de sua admissão à negociação ou para fins de registro, sendo prevista a necessidade de prestação de informações para fins de sua aprovação prévia pelo regulador ou pela entidade autorizada a administrar mercados organizados.²⁸

Em relação aos investidores, a CVM estabelece as normas a serem observadas pelos participantes do mercado, em especial os intermediários, para fins de cadastro dos investidores, bem assim de suas transações com valores mobiliários. De modo geral, os investidores devem possuir cadastro completo, nos termos do Anexo I previsto no art. 3º da Instrução CVM n. 301/1999, devendo manter o controle e arquivo das informações de cadastro, além de manter atualizados os cadastros mínimos de seus clientes perante as entidades administradoras de mercado organizado e entidades prestadoras de serviços de compensação e liquidação.²⁹ Além disso, os intermediários são responsáveis por manter o controle e o arquivo das ordens, ofertas e operações realizadas ou registradas identificadas em nome de seus clientes,³⁰ independentemente dos controles mantidos pelas entidades administradoras de mercados organizado.³¹

No que se refere aos investidores não residentes, a CVM prevê procedimento para registro desses investidores no Brasil para fins de investimento no mercado de capitais, desde

²⁶ Instruções CVM nº 504/11 e nº 532/13.

²⁷ A CVM tem reforçado em sua regulamentação (ICVM nº 457/07, por exemplo) a obrigatoriedade por padronização e divulgação das informações para fins de conhecimento por parte dos investidores, em especial após a adoção pelo Brasil da denominada “convergência contábil”, por meio da qual os “*International Financial Reporting Standards (IFRS)*” tem sido impostos pelos reguladores aos seus reguladores, em linha com o pronunciamentos emitidos pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC) e das alterações introduzidas na legislação tributária e societária por meio das Leis nº 11.638/2007 e 11.941/2009.

²⁸ Instrução CVM nº 467, de 14/04/2008, art. 7º.

²⁹ Instrução CVM nº 301/99, art. 3º, e instrução CVM nº 505/11, arts. 5º e 6º.

³⁰ Instrução CVM nº 301/99, art. 4º, e instrução CVM nº 505/11, art. 22.

³¹ As informações de cadastro mínimo mantidas junto às entidades administradoras de mercados organizados, câmaras de compensação e liquidação e, mais recentemente, depositários centrais, contêm também a natureza tributária dos investidores, informação essencial para o adequado enquadramento tributários para fins de pagamentos de proventos e outros serviços que são executados por estas entidades.

que apresentadas pelo representante do investidor não residente (que deve ser uma instituição financeira ou instituição autorizada pelo Bacen) as informações e documentos exigidos no Anexo I da Instrução CVM n. 560/2015. A coleta dessas informações, contudo, nem sempre é de fácil execução e, para fins de atendimento da velocidade da dinâmica do mercado de capitais no Brasil e no exterior, a CVM passou a autorizar que os intermediários mantenham cadastro simplificado³² de clientes não residentes que atendam a determinadas condições, dentre elas que este investidor seja cliente de instituição intermediária estrangeira perante a qual esteja devidamente cadastrado na forma da legislação aplicável em seu país de origem e que esta instituição intermediária estrangeira assumam, perante o intermediário brasileiro, a obrigação de apresentar, sempre que solicitadas, todas as informações cadastrais.

Ainda em relação aos investidores não residentes, é relevante destacar que a CVM estabelece, no art. 14 da Instrução CVM n. 560/2015, que os representantes de investidores não residentes devem enviar à CVM informes mensais e semestrais, “indicando as movimentações e aplicações consolidadas de recursos dos participantes de conta coletiva e dos titulares de contas próprias por ele representados”, nos termos dos conteúdos previstos, respectivamente, nos Anexos 14-A e 14-B da referida Instrução, que incluem dados cadastrais, movimentações de recursos e os tipos de aplicações dos recursos.

Há ainda um grupo de informações que corresponde àquelas decorrentes das operações realizadas pelos investidores no mercado de capitais, por meio de participantes. A cada operação realizada/registrada, são geradas e registradas em diferentes participantes informações atinentes à operação em si, tais como: (i) custo de aquisição, (ii) valor de venda, (iii) prêmio; (iv) valor de face; (v) quantidade; (vi) data de vencimento; (vii) ser ou não *day trade*. Individualmente consideradas, essas informações de operações são sempre detidas pelos intermediários, registradores e/ou pelos custodiantes, a depender do tipo de operação e da atuação dessas instituições na cadeia da operação. Além disso, as entidades administradoras de mercados organizados (bolsa ou balcão organizado), bem assim os prestadores de serviços de compensação e liquidação e as centrais depositárias (denominadas, em conjunto com as duas anteriores, “infraestruturas de mercado”) possuem, em razão do curso das operações em seus ambientes, o registro dessas informações identificadas para cada investidor (ao contrário do que ocorre na maior parte dos outros países, no quais a identificação ocorre até o intermediário ou o custodiante).

³² Instrução CVM nº 419/05, e instrução CVM nº 505/11, arts. 9º a 11.

Percebe-se, portanto, que, em razão da sistemática do mercado de capitais, e em prol de seu funcionamento, cada participante tem acesso aos dados necessários para operacionalizar a sua atividade, na medida de suas funções, sejam essas informações da operação, do investidor ou de outros participantes.

Essas informações são matéria-prima importante para a execução de atividades de controle e fiscalização pelos órgãos reguladores do mercado de capitais e mesmo por terceiros (como o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF³³), desde a prestação para fins de apuração de indícios de crimes de lavagem de dinheiro e ocultação de bens, até a prestação para fins de controle continuado pela CVM sobre as operações dos investidores não residentes. Mas não podem, por outro lado, ser prestadas pelos participantes que as detêm, por exemplo, aos administradores de fundos de investimento para o cumprimento de obrigações tributárias, como no caso de liquidação de fundos imobiliários, em razão do sigilo bancário aplicável a essas informações pelos referidos participantes.

1.5 O conceito de renda e as operações no mercado financeiro e de capitais

As operações realizadas e registradas no mercado de capitais resultam, do ponto de vista econômico, em ganhos ou perdas para os seus investidores, assim como também resultam outras operações e negociações realizadas fora deste mercado, com outros bens, ativos e direitos. Esses ganhos e perdas podem ser verificados (i) individualmente, a cada operação, ou (ii) considerando-se, de tempos em tempos, o saldo líquido dos ganhos e perdas individuais. Logicamente que, para fins de aferição do aumento ou redução do patrimônio, seja por uma pessoa física ou jurídica, é preciso considerar um marco temporal a fim de se poder comparar os ganhos e perdas apurados e o patrimônio imediatamente anterior; caso contrário, o patrimônio tornar-se-ia uma “conta corrente” ou, pior do que isso, o resultado de uma constatação imediatista de aumento ou redução a cada operação realizada.

Os ganhos e perdas devem ser considerados dentro de uma visão mais abrangente de mutações do patrimônio que, por sua vez, estão diretamente relacionadas ao conceito econômico de “renda”. Este conceito pode ser visto por diferentes óticas, sendo elas: (i) a da produção, segundo a qual “renda” é entendida como o fruto periódico de uma fonte permanente, havendo uma contraposição clara entre capital (que é detido pelo indivíduo,

³³ Instituído pela Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, que “*Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências*”.

incluindo-se aqui sua força de trabalho) e renda, com forte influência da economia agrícola; (ii) a da repartição ou distribuição, segundo a qual “renda” é entendida como o produto da atividade da empresa que acaba por ser distribuído entre os diversos agentes que participam da produção, sendo esta linha menos adotada em razão de suas claras restrições em relação ao conceito; e (iii) a do emprego ou consumo, segundo a qual “renda” é entendida como aquilo que um indivíduo consome de fato, excluindo-se deste conceito, portanto, tudo o que acaba sendo poupado ou investido.³⁴

Para fins de construção do conceito de “renda tributável” adotou-se como uma das principais teorias aquela que identifica a renda como produto, em especial pelo fato de que tal teoria, por segregar capital da renda, permite a fundamentação de conceitos como os de “custo”, de “depreciação”, de “amortização” e de “provisões”, denotando que nem tudo o que é produto de uma atividade é renda.

A essa teoria da produção vinculam-se, no âmbito tributário, as denominadas teorias da fonte, que entendem a renda apenas como “o produto periódico de uma fonte permanente”.³⁵ Em contraposição a esta teoria surgem as denominadas teorias do acréscimo patrimonial, segundo as quais “renda” é, seja para indivíduos, seja para pessoas jurídicas, “o acréscimo dos ativos num determinado período e renda tributável o crescimento líquido do patrimônio calculado deduzindo-se do valor bruto as perdas de capital, os gastos gerais e de manutenção, os juros e, em certos casos, as obrigações passivas”.³⁶ Para esta última teoria, não há necessidade de haver caráter de permanência ou continuidade.³⁷

Estas duas teorias dominam o cenário das discussões doutrinárias sobre o que seria a renda tributável, sendo certo que em qualquer uma delas surgem problemas conceituais que precisam ser tratados pelas legislações tributárias para fins de evitar dúvidas e permitir a adequada aplicação e interpretação sobre as hipóteses de incidências do imposto de renda, sendo os principais: (i) considerar renda tributável apenas aquela que se traduz em fluxo monetário ou também valores correspondentes a eventuais serviços, usos de bens e força do trabalho; (ii) considerar renda tributável a totalidade da renda (consumida e poupada) ou

³⁴ COSTA, Alcides Jorge. “Conceito de Renda Tributável”. In MARTINS, Ives G. S. (coord.). Estudos sobre o Imposto de Renda (em memória de Henry Tilbery). São Paulo: Resenha Tributária. 1994. p. 20-21.

³⁵ COSTA, Alcides Jorge. “Conceito de Renda Tributável”. In MARTINS, Ives G. S. (coord.). Estudos sobre o Imposto de Renda (em memória de Henry Tilbery). São Paulo: Resenha Tributária. 1994. p. 21.

³⁶ COSTA, Alcides Jorge. “Conceito de Renda Tributável”. In MARTINS, Ives G. S. (coord.). Estudos sobre o Imposto de Renda (em memória de Henry Tilbery). São Paulo: Resenha Tributária. 1994. p. 21.

³⁷ MATTOS FILHO, Ary Oswaldo. Os ganhos de capital como elemento tributável. Revista de Administração de Empresas. Vol. 14, nº 1. São Paulo, Jan./Feb. 1974.

apenas a renda consumida; e (iii) considerar ou não dentro do conceito de “renda tributável” os ganhos de capital.³⁸

Em que pese todos sejam problemas que levantam interessantes discussões, o último problema, sobre o tratamento dos ganhos de capital, será destacado para análise neste trabalho, tendo em vista a sua relação direta com as operações que são objeto deste estudo, uma vez que delas são apurados ganhos ou perdas de capital que devem ser, de uma forma ou de outra, considerados pela legislação tributária para fins de tributação pelo imposto de renda.

Do ponto de vista da teoria da fonte, os ganhos de capital não constituem renda por não poderem ser caracterizados como um fruto periódico de uma fonte permanente (mesmo que, eventualmente, por razões fáticas, algum ganho possa assim se enquadrar) e, portanto, a sua ocorrência estaria fora do campo de incidência do imposto de renda, considerado este em abstrato e meramente do ponto de vista conceitual. Por seu turno, a teoria do acréscimo patrimonial trata o ganho de capital como renda, uma vez que o ganho constitui um acréscimo líquido ao patrimônio do indivíduo ou da pessoa jurídica.

Mas o ganho de capital é renda para fins da legislação brasileira? Antes de responder a esta pergunta devemos analisar brevemente o histórico do conceito de “renda” e do imposto de renda no Brasil.

Depois de alguns tributos com certas características do imposto de renda terem sido introduzidos no Brasil Império e no início da República Velha (imposto sobre subsídios e imposto sobre dividendos e lucros auferidos por instituições bancárias),³⁹ e após uma tentativa frustrada de efetivar a introdução do imposto de renda por meio da Lei n. 4.625, de 31 de dezembro de 1922 (e suas alterações introduzidas por meio das Leis n. 4.783, de 31 de dezembro de 1923, e 4.984, de 31 de dezembro de 1925, as quais subtraíram o caráter então genérico do critério material do imposto de renda — “conjunto líquido dos rendimentos de qualquer origem” — por uma especificação dos rendimentos tributáveis, dividido em categorias), o imposto de renda iniciou sua efetiva arrecadação a partir da publicação de regulamento, por meio do Decreto n. 17.390, de 26 de julho de 1926 (conhecido como Regulamento Sousa Reis).

³⁸ COSTA, Alcides Jorge. “Conceito de Renda Tributável”. In MARTINS, Ives G. S. (coord.). Estudos sobre o Imposto de Renda (em memória de Henry Tilbery). São Paulo: Resenha Tributária. 1994. p. 21.

³⁹ MATTOS FILHO, Ary Oswaldo. Os ganhos de capital como elemento tributável. Revista de Administração de Empresas. Vol. 14, nº 1. São Paulo, Jan./Feb. 1974.

O imposto de renda ajustado por meio das alterações promovidas em 1923 e em 1925 vinculava-se à teoria da fonte, agrupando em diferentes categorias os rendimentos que poderiam ser verificáveis a partir de diferentes tipos de fontes. Mas no art. 22 do Regulamento de 1926 foi introduzido dispositivo⁴⁰ que incluía no conceito de “renda” os ganhos de capital,⁴¹ em afronta à lei a qual regulamentava, alinhando-se à teoria do acréscimo patrimonial. Este desencontro entre lei e regulamento foi sanado por meio do Decreto n. 5.138, de 05 de janeiro de 1927, que revogou o art. 22 e demais dispositivos que tratavam o ganho de capital como se renda fosse.

Foi com a Constituição Federal de 1934 que o imposto de renda constou pela primeira vez na discriminação de rendas e, até a Emenda Constitucional n. 1, de 1969, a grande modificação ocorrida foi a exclusão das “ajudas de custo e diárias pagas pelos cofres públicos, na forma da lei” de seu campo de incidência. O texto constitucional determinava, em seu art. 6º, competir à União, privativamente, decretar tal imposto “de renda e proventos de qualquer natureza”, sendo esta fórmula reproduzida em todos os textos constitucionais posteriores.

Com a introdução do termo “proventos de qualquer natureza”, os ganhos de capital passaram a ser tributados pelo imposto de renda, sem ter havido muitas discussões conceituais a respeito. Posteriormente, tanto o anteprojeto de Código Tributário Nacional de Rubens Gomes de Sousa quanto o projeto elaborado a partir do referido anteprojeto previam em suas redações o conceito de “riqueza nova” produzida pelo capital, pelo trabalho ou pela combinação de ambos, explicitando o alinhamento pela teoria do acréscimo patrimonial.

Este projeto foi retirado do Congresso pelo Presidente da República, em 1965, para revisão e adequação à Emenda n. 18 à Constituição de 1946, tendo retornado, posteriormente, para apreciação pelo Congresso, sendo certo que a comissão constituída para analisar as propostas, nas idas e vindas entre os dois Relatórios e propostas de ajustes ao projeto por ela emitidos, sempre demonstrou alinhamento à teoria do acréscimo patrimonial, mesmo que tenha sucumbido à inserção do termo “ganhos de capital” no texto do projeto e mantido a fórmula já tradicional “imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza”.⁴²

⁴⁰ “Consideram-se rendimentos brutos os ganhos derivados do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, inclusive os que promanam da venda e da permuta de propriedade.”

⁴¹ MATTOS FILHO, Ary Oswaldo. Os ganhos de capital como elemento tributável. *Revista de Administração de Empresas*. Vol. 14, nº 1. São Paulo, Jan./Feb. 1974.

⁴² SOUSA, Rubens Gomes de. *Pareceres 1: Imposto de Renda*. Coordenação: IBET, Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Ed. póstuma. São Paulo: Ed. Resenha Tributária, 1975, p. 66.

O projeto final, revisado pela Comissão, foi levado para aprovação do Congresso e resultou na Lei n. 5.172, de 25 de outubro 1966, conhecida como Código Tributário Nacional, vigente até os dias atuais, e tendo sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988 como lei complementar por versar sobre regulamentação de dispositivos constitucionais. Seu art. 43 segue com a mesma redação original proposta pela Comissão, com exceção dos acréscimos dos §§ 1º e 2º, introduzidos pela Lei Complementar n. 104, de 2001:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção.

§ 2º Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo.

O texto adotado pacificou as discussões sobre a adoção das teorias sobre a renda, ao prever no inciso I do art. 43 a renda como produto periódico, ou passível de assim o ser, do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, e ao prever no inciso II do mesmo artigo a renda como acréscimo patrimonial.⁴³

A partir da disposição introduzida pelo art. 43, e em que pesem discussões conceituais sobre as teorias da renda (fonte e acréscimo patrimonial), não restaram mais dúvidas de que os ganhos de capital (“proventos⁴⁴ de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais” não compreendidos dentro do conceito de “renda” como fonte, seja do capital ou do trabalho), por integrarem o conceito legal de “renda”, são passíveis de tributação pelo imposto de renda (o que já se mostrava possível desde a linguagem adotada

⁴³ Em que pese a teoria do acréscimo patrimonial defender que o acréscimo é efetivamente renda, e não algo diferente de renda, como pode resultar de uma interpretação literal dos incisos I e II do art. 43 do CTN.

⁴⁴ COSTA, Alcides Jorge. “Conceito de Renda Tributável”. In MARTINS, Ives G. S. (coord.). Estudos sobre o Imposto de Renda (em memória de Henry Tilbery). São Paulo: Resenha Tributária. 1994., em opinião semelhante à da Comissão que analisou o projeto de CTN, entende que tanto “renda” quanto “proventos” passam a ideia de fluxo, de algo que é recebido, e não a ideia de acréscimo do patrimônio líquido. Nesse sentido, a expressão “proventos de qualquer natureza” negaria o acréscimo e teria o sentido de rendimento, de pagamento ou transferência de renda.

pelo art. 6º da Constituição Federal de 1934), mas condicionado à existência de disponibilidade econômica ou jurídica.

Sendo previsto como renda nos âmbitos constitucional e legal, o ganho de capital acaba por configurar-se como fato gerador do imposto de renda quando de sua realização, ou seja, quando da disponibilidade econômica ou jurídica, nos termos do *caput* do art. 43 do CTN. Ao contrário da renda como produto do capital ou do trabalho, que é periódica e oriunda de uma fonte (transferência de renda), o ganho de capital, como renda acréscimo, não possui caráter de permanência ou continuidade, pois resulta da realização eventual de uma mais-valia oriunda de transações com bens materiais.

A fim de ilustrar sua concepção, podemos nos utilizar da imagem de um indivíduo inerte, detentor de capital. A aplicação deste capital gera ao indivíduo, no tempo, a rentabilidade periódica, considera renda (ordinária), assim como o seria o rendimento de seu potencial trabalho. Contudo, caso este indivíduo possua bens e, ao sair de sua inércia, decida aliená-los a mercado, poderá perceber eventual mais-valia que seu bem possuía em relação ao custo original que aquele bem representou para o patrimônio do indivíduo. Nesta segunda hipótese, a mais-valia percebida, realizada, não ordinária e desvinculada de fontes periódicas, representa um ganho em relação ao patrimônio original do indivíduo, de seu capital. Representa um ganho de capital.

Ainda, em relação às pessoas jurídicas, e de forma genérica, o ganho de capital pode ser realizado apenas em função do aumento do valor de mercado de qualquer bem possuído sem objetivo de comércio, de *mercancia* (ou seja, fora do objeto social das pessoas jurídicas), embora ainda com finalidade de lucro. Caso contrário, deverá ser considerado como renda ordinária, decorrente do capital.

Em qualquer hipótese, a verificação do ganho de capital está intimamente relacionada ao princípio da realização, que pressupõe a capacidade de livre disposição do direito ou do bem. Uma vez realizada a renda, manifesta-se algum tipo de disponibilidade do contribuinte sobre aquela mais-valia. Quando da disponibilidade resulta monetização, torna-se tranquilo identificar a possibilidade de tributação do imposto de renda, mas a identificação de renda torna-se mais nebulosa quando a disponibilidade não se traduz em moeda.⁴⁵

Ausente a realização (disponibilidade econômica ou jurídica), não se verifica acréscimo ao patrimônio do indivíduo. As discussões sobre o fato gerador do imposto de

⁴⁵ MATTOS FILHO, Ary Oswaldo. Os ganhos de capital como elemento tributável. Revista de Administração de Empresas. Vol. 14, nº 1. São Paulo, jan./fev. 1974.

renda se aperfeiçoar com a disponibilidade monetária, econômica ou jurídica ocupam espaço central, até os dias atuais, na doutrina e na jurisprudência. Rubens Gomes de Sousa, autor do anteprojeto do CTN, entendia a realização pela ótica econômica, entendendo a disponibilidade econômica como o momento da realização do rendimento, sendo que a disponibilidade jurídica seria apenas o momento da separação do rendimento. Segundo ele, “a tributação das mais-valias não configura a imposição de um rendimento não realizado, mas, quando muito, a de um rendimento não-separado: sendo que a realização, e não a separação, é significativa para definir o fato gerador do imposto”.⁴⁶

A doutrina não é pacífica acerca deste entendimento. Alinham-se favorável ou contrariamente ao supracitado professor. Há, ainda, aqueles que entendem desnecessária a realização para que possa ser tributada a mais-valia, defendendo a possibilidade de tributação periódica, independente da realização do ganho.

Em que pesem os adeptos desta última corrente, somos do entendimento de que uma característica inerente aos ganhos de capital, que também é resultante do princípio da realização, é a impossibilidade de definição da periodicidade para disponibilidade dos ganhos. Caso esta seja fixada, o sujeito ativo da obrigação tributária do imposto de renda (no caso, a União), deveria fixar o prazo para tributação dos supostos “ganhos”, devendo permitir, por outro lado, a dedução integral das perdas de capital para o mesmo período.

A determinação de um período para apuração de ganhos para fins de incidência do imposto de renda, em razão da lógica acima, seria de grande prejuízo para os cofres públicos, uma vez que não só traria grande volatilidade para as bases de cálculo (apuradas a mercado em razão de um prazo legal, e não de uma efetiva disposição), como também traria elevado grau de complexidade para a apuração e verificação do imposto de renda. Não sendo estes elementos suficientes, deve-se ponderar que a discrepância econômica que seria introduzida caso houvesse tributação sobre ganhos fictícios, decorrentes de imposição de prazo legal, e não de disposição do direito ou do bem, resultaria numa tributação sem ser auferida efetiva renda.

Essas características permitem diferenciar o ganho de capital da renda — nas palavras de Ary Oswaldo Mattos Filho (conforme texto já citado) — comum, podendo, ainda, ser possível identificar um elemento adicional, de ordem econômica: o risco. Ao contrário da renda comum, o ganho de capital (que também é elemento revelador de

⁴⁶ SOUSA, Rubens Gomes de. Pareceres 1: Imposto de Renda. Coordenação: IBET, Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Ed. póstuma. São Paulo: Ed. Resenha Tributária, 1975, p. 67.

capacidade contributiva) decorre de operações necessariamente sujeitas a risco, em diferentes níveis, mas sendo sempre intrínseca a possibilidade de ganho ou de perda.

A forma como os diferentes Estados lidam com a tributação do ganho de capital verificado nas operações de seus contribuintes (pessoas físicas ou jurídicas, residentes ou não residentes, com seus respectivos tratamentos diferenciados), depende da ponderação das características aqui citadas e dos elementos que subsidiam as políticas tributárias de cada governo, as quais são ponderadas pelas nuances econômicas e limitadas pelos princípios e pressupostos constitucionais, para o fim de serem concretizadas em lei. Do equilíbrio desses elementos resultam, por exemplo, aplicações de alíquotas (progressivas ou fixas) e tratamentos diferenciados, como será adiante analisado.

1.6 Tributação e histórico do imposto de renda aplicável às operações no mercado financeiro e de capitais

1.6.1 Histórico da legislação

Como se analisou no tópico acima, o conceito de renda pode ser interpretado de diferentes formas, a depender da premissa adotada. Em que pese seja difícil extrair da Constituição Federal um conceito do que seja “renda” (a partir da previsão de instituição de imposto sobre “renda e proventos de qualquer natureza”, consoante art. 153, III), o art. 43 do CTN permite constatar a adoção de dois conceitos de “renda” para fins de aplicação do imposto: a renda como fonte e a renda como acréscimo.

Para fins do presente trabalho, não adotaremos a premissa de que podem existir “duas rendas”, mas sim de que o conceito de “renda” no Brasil engloba dois gêneros, os quais, somados, compõem a renda universal de um determinado contribuinte.

No entanto, não só os contribuintes, mas também os gêneros de renda acabam sujeitando-se à aplicação do imposto de renda de forma diferenciada. Isso porque, em primeiro lugar, o imposto de renda é tributo sujeito ao lançamento por homologação (art. 150 do CTN), razão pela qual o contribuinte antecipa o pagamento do tributo sem que o fisco promova qualquer exame prévio.⁴⁷

⁴⁷ "TRIBUTÁRIO - PRESCRIÇÃO - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - TERMO INICIAL - IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. A retenção do tributo na fonte pagadora é inconfundível com a extinção do crédito tributário. O crédito tributário não surge com o fato gerador. Ele é constituído com o lançamento (Art. 142 do CTN). Em se tratando de Imposto de Renda, o lançamento deve ocorrer após as informações do sujeito

Os arts. 43 a 45 do CTN estabelecem as normas gerais atinentes ao imposto de renda, os quais cuidam de definir os arquétipos legais. As Leis federais n. 7.713/1988 e 9.250/1995 fixam as regras acerca da hipótese de incidência do imposto de renda, e o Decreto n. 3.000/1999 regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto de Renda Pessoa Física (IRPF) e do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ).

Ainda em relação ao ganho de capital, sua principal regulamentação encontra-se, até a presente data, na Instrução Normativa SRF n. 84/2001, que trata sobre o conceito desse tipo de ganho e da forma de tributação pelas pessoas físicas e pessoas jurídicas.

Especificamente com relação à renda verificada a partir das operações realizadas e registradas nos mercados organizados de valores mobiliários, sejam de renda fixa ou de renda variável, temos que tais operações resultam em rendimentos ou em ganhos de capital, os quais possuem previsões legais e sistemáticas diferentes para fins de incidência do imposto de renda. Estas diferenças são verificadas entre esses dois grupos de operações e entre estes e as demais operações mercantis realizadas, tendo em vista as suas características específicas, os efeitos gerados para os investidores e também a sistemática dos mercados em que são cursadas. Passemos a analisar a tributação desses dois grupos de operações.

As operações de renda fixa e seus respectivos rendimentos têm a tributação pelo imposto de renda prevista nos arts. 65 e seguintes da Lei n. 8.981/1995.⁴⁸ Em que pese a

passivo, na declaração de ajuste (Lei nº 8.383/91, artigo 15) ou pela informação da fonte que promoveu a retenção; Qualquer das hipóteses leva ao exame dos artigos 147 e 150, § 4º. Não havendo homologação expressa, ela ocorreria tacitamente, decorridos 05 (cinco) anos do fato gerador e só aí há a extinção do crédito. Recurso parcialmente provido" (STJ. Recurso Especial 250306/DF - Primeira Turma - Rel. Min. Garcia Vieira - Julgado em 06/06/2000 - DJU de 01/08/2000).

⁴⁸ **“Art. 65. O rendimento produzido por aplicação financeira de renda fixa, auferido por qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta, a partir de 1º de janeiro de 1995, sujeita-se à incidência do Imposto de Renda na fonte à alíquota de dez por cento.**

§ 1º A base de cálculo do imposto é constituída pela diferença positiva entre o valor da alienação, líquido do imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos ou valores mobiliários (IOF), de que trata a Lei nº 8.894, de 21 de junho de 1994, e o valor da aplicação financeira.

§ 2º Para fins de incidência do Imposto de Renda na fonte, a alienação compreende qualquer forma de transmissão da propriedade, bem como a liquidação, resgate, cessão ou repactuação do título ou aplicação.

§ 3º Os rendimentos periódicos produzidos por título ou aplicação, bem como qualquer remuneração adicional aos rendimentos prefixados, serão submetidos à incidência do Imposto de Renda na fonte por ocasião de sua percepção.

§ 4º O disposto neste artigo aplica-se também:

- a) às operações conjugadas que permitam a obtenção de rendimentos predeterminados, realizadas nas bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, bem como no mercado de balcão;
- b) às operações de transferência de dívidas realizadas com instituição financeira, demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil ou com pessoa jurídica não-financeira;
- c) aos rendimentos auferidos pela entrega de recursos a pessoa jurídica, sob qualquer forma e a qualquer título, independentemente de ser ou não a fonte pagadora instituição autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil (...). (g.n.)

tributação das operações de renda fixa ter sido alterada — com relação às alíquotas, forma de apuração e isenções, nos termos dos arts. 1º e 3º da Lei n. 11.033/2004 —, o referido artigo contém os elementos tipificadores⁴⁹ do imposto de renda sobre o rendimento gerado por essas operações, quais sejam, o fato gerador, a alíquota e o sujeito passivo (*caput* do art. 65), e a base de cálculo (§1º do art. 65).

O fato gerador do imposto de renda para essas operações é definido como sendo “o rendimento produzido por aplicação financeira de renda fixa, auferido por qualquer beneficiário [...]”. Na descrição do fato gerador (rendimento produzido), não se verifica a existência de condição espacial, aqui entendido como o local no qual essas operações de renda fixa devem ser realizadas para a posterior obtenção de rendimentos.

A ausência desta condição para a realização das operações leva-nos a crer que o legislador procurou focar o fato gerador da obrigação tributária apenas na operação, de acordo com as suas características próprias, e não na forma como ela é cursada ou no local em que ela se realiza. Os pressupostos da tributação do rendimento gerado pelas operações de renda fixa são, portanto, excluídas as hipóteses de isenção e as pessoas consideradas imunes pela regra constitucional: (i) a realização da operação; (ii) a sua alienação (compreendida como qualquer forma de transmissão da propriedade, bem como a liquidação, resgate, cessão ou repactuação do título ou aplicação), independentemente do local onde a operação é concretizada, ou a observância de rendimentos periódicos produzidos, incluindo qualquer remuneração adicional aos rendimentos prefixados; e (iii) o auferimento de rendimento pelo sujeito passivo.

Por outro lado, e como regra geral, as operações de renda variável resultam na percepção de ganhos ou perdas. Aqueles são denominados de ganhos de capital. Esta regra genérica traz em seu âmago a essência da identificação da base de cálculo de toda e qualquer negociação com ativos e bens, qual seja, a diferença entre o valor da alienação e o valor de custo do ativo/bem (que se aplica também, em larga medida, às operações de renda fixa). Esse ganho constitui base de cálculo tributável pelo imposto de renda, sendo certo que não há previsão, por seu turno, de dedução de eventuais despesas em outras operações semelhantes.

⁴⁹ O princípio da legalidade tributária e tipicidade (art. 150, I, da Constituição Federal), prevê que não basta mera disposição legal para a imposição de tributo. Antes disso, requer-se que “*a própria lei defina todos os aspectos pertinentes ao fato gerador, necessários à quantificação do tributo devido em cada situação concreta que venha a espelhar a situação hipotética descrita na lei*”. AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 112).

A Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995, em seus arts. 17 e 18,⁵⁰ dispõe sobre o ganho de capital. Contudo, as disposições sobre a tributação pelo imposto de renda das operações de renda variável em mercado de capitais encontra resguardo no art. 72 e seguintes da Lei n. 8.981/1995,⁵¹ tendo o legislador tributário neles definido os elementos constituintes da hipótese de incidência tributária, tais como o fato gerador, o sujeito passivo e a alíquota da obrigação tributária (*caput* e §§ 1º e 3º), bem como as isenções e parte da regra de apuração da base de cálculo do imposto de renda (IR) sobre o ganho líquido dessas operações (§ 4º).

Todavia, não há previsão na Lei n. 8.981/1995, tanto para operações de renda fixa quanto de renda variável, acerca do prazo de recolhimento do IR.

Além disso, pode-se perceber da redação desse artigo o que viria a ser o ganho líquido, conceito essencial para se concluir (i) o desenho do fato gerador, uma vez que o *caput* apenas refere-se ao fato de que “os ganhos líquidos auferidos [...] em operações realizadas nas bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, serão tributados pelo Imposto de Renda na forma da Legislação vigente”, sem mencionar como e em que momento referido ganho será auferido em razão das operações ali mencionadas, e (ii) a base de cálculo, em relação à qual o ganho líquido será calculado e o imposto de renda será apurado.

⁵⁰ “Art. 17. Para os fins de apuração do ganho de capital, as pessoas físicas e as pessoas jurídicas não tributadas com base no lucro real observarão os seguintes procedimentos:

I - tratando-se de bens e direitos cuja aquisição tenha ocorrido até o final de 1995, o custo de aquisição poderá ser corrigido monetariamente até 31 de dezembro desse ano, tomando-se por base o valor da UFIR vigente em 1º de janeiro de 1996, não se lhe aplicando qualquer correção monetária a partir dessa data;

II - tratando-se de bens e direitos adquiridos após 31 de dezembro de 1995, ao custo de aquisição dos bens e direitos não será atribuída qualquer correção monetária.

Art. 18. O ganho de capital auferido por residente ou domiciliado no exterior será apurado e tributado de acordo com as regras aplicáveis aos residentes no País.”

⁵¹ “Art. 72. **Os ganhos líquidos auferidos, a partir de 1º de janeiro de 1995, por qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta, em operações realizadas nas bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, serão tributados pelo Imposto de Renda na forma da Legislação vigente, com as alterações introduzidas por esta lei.**

§ 1º A alíquota do imposto será de dez por cento, aplicável sobre os ganhos líquidos apurados mensalmente.

§ 2º Os custos de aquisição dos ativos objeto das operações de que trata este artigo serão:

a) considerados pela média ponderada dos custos unitários;

b) convertidos em Real pelo valor de R\$ 0,6767, no caso de ativos existentes em 31 de dezembro de 1994, expressos em quantidade de Ufir.

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também:

a) aos ganhos líquidos auferidos por qualquer beneficiário, na alienação de ouro, ativo financeiro, fora de bolsa;

b) aos ganhos líquidos auferidos pelas pessoas jurídicas na alienação de participações societárias, fora de bolsa.

§ 4º As perdas apuradas nas operações de que trata este artigo poderão ser compensadas com os ganhos líquidos auferidos nos meses subsequentes, em operações da mesma natureza. (...)” (g.n.)

A pulverização da previsão legal da hipótese de incidência tributária das operações realizadas no mercado financeiro e de capitais decorre da adoção de uma sucessão de leis ordinárias que têm tratado sobre o tema há algumas décadas. A Lei n. 8.981/1995 foi o resultado da tentativa de, nos anos 1990, consolidar as referidas regras tributárias, não tendo o legislador, contudo, logrado sucesso nesse objetivo, uma vez que conceitos fundamentais da norma tributária e elementos constitutivos do tributo foram mantidos em leis anteriores.

Referidas leis tiveram alguns de seus artigos revogados, outros derogados (em razão da edição de normas posteriores que versaram sobre o mesmo tema) e, ainda, outros que se mantêm em vigor até a presente data, seja porque preveem elementos constitutivos de tributo, seja porque introduzem conceitos norteadores da tributação das operações do mercado financeiro e de capitais.

Nesse sentido, a fim de podermos completar o quadro da norma de incidência tributária dessas operações, mostra-se necessário conhecer os dispositivos da legislação pretérita à Lei n. 8.981/1995, vigentes em grande medida até a presente data, e tratá-los em conjunto com os dispositivos da citada lei e de leis posteriores. Para tanto, deve-se analisar o conteúdo dos dispositivos que versam sobre o tema contidos (i) na Lei n. 7.799, de 10 de julho de 1989; (ii) na Lei n. 8.383, de 30 de dezembro de 1991; e (iii) na Lei n. 8.541, de 23 de dezembro de 1992.

A Lei n. 7.799/1989, em seu Capítulo V, trata sobre as “Normas sobre a Tributação de Aplicações Financeiras”. No art. 55 deste diploma está contida a previsão para a hipótese de incidência do imposto de renda sobre os ganhos líquidos auferidos em operações realizadas “nas bolsas de valores, de mercadorias, de futuros, bem como em outros mercados organizados, reconhecidos como tais pelo órgão a cujo poder de polícia se submetem”.⁵²

⁵² “Art. 55. **Ficam sujeitas ao pagamento do imposto de renda, à alíquota de vinte e cinco por cento, a pessoa física e a pessoa jurídica não tributadas com base no lucro real, inclusive isentas, que auferirem ganhos líquidos nas operações realizadas nas bolsas de valores, de mercadorias, de futuros, bem como em outros mercados organizados, reconhecidos como tais pelo órgão a cujo poder de polícia se submetem.** (Redação dada pela Lei nº 8.014, de 1990)

§ 1º **Considera-se ganho líquido o resultado positivo auferido nas operações ou contratos liquidados em cada mês, admitida a dedução dos custos e despesas efetivamente incorridos, necessários à realização das operações.**

§ 2º **O ganho líquido será constituído:**

a) **no caso dos mercados à vista, pela diferença positiva entre o valor da transmissão do ativo e o seu custo de aquisição corrigido monetariamente;**

b) **no caso do mercado de opções:**

1 - **nas operações tendo por objeto a opção, a diferença positiva apurada entre o valor das posições encerradas ou não exercidas até o vencimento da opção, admitida a correção monetária do custo de aquisição;**

2 - **nas operações de exercício, a diferença positiva apurada entre o valor da venda à vista ou o preço médio à vista na data do exercício e o preço fixado para o exercício, ou a diferença positiva entre o preço do**

Do texto da norma acima citada podemos extrair conceitos como o do ganho líquido. Contido no *caput* do art. 55 da Lei n. 7.799/1989, à semelhança do que ocorre no *caput* do art. 72 da Lei n. 8.981/1995, ele integra o fato gerador do imposto de renda, mas é apenas o § 1º do art. 55 da Lei n. 7.799/1989, vigente até a presente data, que contém sua definição — qual seja, o resultado positivo auferido nas operações ou contratos liquidados em cada mês, admitida a dedução dos custos e despesas efetivamente incorridos, necessários à realização das operações.

E é o conceito acima referido que permite diferenciarmos o ganho de capital do ganho líquido: este último é apurado apenas em relação às operações realizadas nas “bolsas de valores, de mercadorias, de futuros, bem como em outros mercados organizados, reconhecidos como tais pelo órgão a cujo poder de polícia se submetem”, consistindo no resultado positivo de todas as operações cursadas nesses mercados, admitida, ainda, a dedução de custos e despesas vinculados às operações.⁵³

Ao contrário do que ocorre nas operações em que deve ser apurado ganho de capital, nas quais os resultados positivos e negativos das operações não se compensam e os ganhos são considerados para fins de tributação sem a possibilidade de dedução das perdas verificadas, no caso de ganhos líquidos o ganho tributado resulta do somatório de ganhos e

exercício acrescido do prêmio e o custo de aquisição corrigido monetariamente, se for o caso;

c) no caso dos mercados a termo, a diferença positiva apurada entre o valor da venda à vista ou o preço médio à vista na data da liquidação do contrato a termo e o preço neste estabelecido;

d) no caso dos mercados futuros, o resultado líquido positivo dos ajustes diários apurados no período.

§ 3º *Se o contribuinte apurar resultado negativo no mês será admitida sua apropriação nos meses subsequentes, corrigido monetariamente.*

(...)

§ 6º *O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos fundos em condomínio e clubes de investimento.*

§ 7º *O Poder Executivo poderá baixar normas para apuração e demonstração dos ganhos líquidos, bem como autorizar a compensação de perdas entre dois ou mais mercados ou modalidades operacionais, previstos neste artigo.*

§ 8º *A pessoa jurídica tributada com base no lucro presumido ou arbitrado adicionará, à base de cálculo do imposto correspondente às suas atividades operacionais, o resultado positivo decorrente da soma algébrica dos resultados mensais auferidos, durante o período-base, nas operações de que trata este artigo.*

§ 9º *O imposto de que trata este artigo, pago pela pessoa jurídica, será considerado:*

a) antecipação do devido na declaração, no caso de pessoa jurídica tributada com base no lucro presumido ou arbitrado;

b) devido exclusivamente na fonte, no caso de pessoa jurídica isenta.

Art. 56. *As deduções de despesas, bem como a compensação de perdas previstas no artigo anterior, serão admitidas exclusivamente para as operações realizadas nos mercados organizados, geridos ou sob a responsabilidade de instituição credenciada pelo Poder Executivo e com objetivos semelhantes aos das bolsas de valores, de mercadorias ou de futuros.” (g.n.)*

⁵³ O que se busca estabelecer é que apenas as despesas e custos efetivamente vinculados às operações sejam passíveis de dedução, uma vez que, em sentido contrário, um sem número de despesas e custos poderiam se enquadrar na regra, e turvaria o seu objetivo, prejudicando a sua aplicação.

perdas em todas as operações cursadas nos mercados de que trata o *caput* dos arts. 55 e 56, admitida, ainda, a dedução de custos e despesas.

Aqui, cabe salientar que um dos pressupostos para o cálculo do ganho líquido na forma como é trazido na lei é a sua verificação apenas em ambientes/sistemas que prevejam critérios, parâmetros e limites para as ofertas de compra e de venda, a fim de que as operações realizadas nesses recintos/sistemas resultem na formação de um preço que seja aceito pelo mercado em determinado momento, tendo sido formado por “agressões” de ofertas em sistemáticas multilaterais, que permitem a interferência de terceiros para determinada oferta de preço, e a fim de que haja ampla e contínua prestação de informação aos participantes sobre as operações realizadas e ofertas em andamento.

A formação pública do preço é, portanto, um elemento querido pelo legislador e essencial para a existência do ganho líquido. Isso porque, em ambientes/sistemas que permitam apenas este tipo de formação de preço, eventuais perdas nunca são (ou não deveriam ser) programadas para o fim de redução da base de cálculo do imposto de renda, o que, por outro lado, pode ser verificado em mercados de balcão em que há o registro puro de operações previamente realizadas entre as partes.

Justamente por isso que nestes últimos se apura ganho de capital e, nos primeiros, ganho líquido, com exceção das operações com liquidação futura registradas fora de ambientes de bolsa, as quais, por expressa disposição legal (art. 71 da Lei n. 9.430/1996), submetem-se à sistemática do ganho líquido para fins de apuração da base de cálculo do imposto de renda.

A verificação de ganho líquido é, indubitavelmente, elemento de um fato gerador complexo do imposto de renda para as operações de renda variável. Contudo, ele também é somatório do resultado de ganhos (ou perdas) das operações à vista, futuras, a termo e de opções realizadas nos mercados de que trata o *caput* dos arts. 55 e 56 e, atualmente, do art. 72 da Lei n. 8.981/1995, acrescido daqueles do mercado de liquidação futura fora de bolsa, conforme acima referido.

O valor que constitui o ganho líquido corresponde à base de cálculo mensal do imposto de renda dessas operações, sendo apurado na forma e de acordo com o disposto no § 2º e alíneas do art. 55 da Lei n. 7.799/1989, observadas as peculiaridades de cada tipo de operação em termos de dinâmica de realização e liquidação, bem como em relação aos polos de atuação dos investidores (por exemplo, lançadores e tomadores de opção).

Assim como o conceito de “ganho líquido”, a base de cálculo do imposto de renda dessas operações (e que constituirá o valor do ganho líquido) é trazida em lei pelo art. 55, § 2º, da Lei n. 7.799/1989, não sendo prevista na Lei n. 8.981/1995.

As alíneas do § 2º do art. 55 da Lei n. 7.799/89 contêm as diretrizes de cálculo para apuração do ganho para cada uma das diferentes operações de renda variável nos diferentes mercados (à vista, futuro, a termo e opções) passíveis de negociação em “bolsas de valores, de mercadorias, de futuros, bem como em outros mercados organizados, reconhecidos como tais pelo órgão a cujo poder de polícia se submetem”,⁵⁴ sendo o ganho líquido o resultado da somatória dos ganhos/perdas apurados individualmente em cada um desses mercados, deduzidos, ainda, custos e despesas.

De outra feita, percebe-se a intenção do legislador em limitar a apuração dos ganhos líquidos em relação às operações realizadas nos mercados organizados, reconhecidos estes pelo órgão a cujo poder de polícia se submetem, consoante redação do *caput* do art. 55.

A intenção do legislador é reforçada e clarificada por meio do disposto no art. 56. Neste artigo o legislador prevê que as deduções de despesas, bem como a compensação de perdas, serão admitidas *exclusivamente* para as operações realizadas nos mercados organizados, que devem, em qualquer hipótese, ser geridos ou estar sob a responsabilidade de instituição credenciada pelo Poder Executivo e que possua “objetivos semelhantes aos das bolsas de valores, de mercadorias ou de futuros”.

Retornando à análise histórica da legislação que introduz os dispositivos norteadores da tributação das operações de renda variável em ambientes bursáteis, devemos destacar as Leis n. 8.383, de 30 de dezembro de 1991, e n. 8.541, de 23 de dezembro de 1992.

A Lei n. 8.383/1991 teve papel fundamental em decorrência de quatro disposições contidas em seu Capítulo III (“Da Tributação das Operações Financeiras”), mais precisamente nos artigos 26 a 28,⁵⁵ quais sejam:

⁵⁴ Interessante notar que, à época da Lei n. 7.799/1989, as bolsas de mercadorias e as bolsas de futuros, embora já existissem de fato (podendo ser citadas a Bolsa de Mercadorias e Futuros-BM&F, em São Paulo, e a Bolsa Brasileira de Futuros-BBF, no Rio de Janeiro), não estavam previstas na legislação ordinária tais quais as bolsas de valores. Até o advento da Lei nº 10.303, de 31.10.2001, que alterou a Lei nº 6.385/76, os instrumentos derivativos nelas negociados não eram previstos como valores mobiliários (art. 2º, VII e VIII, da Lei nº 6.385/76), nem as bolsas de mercadorias e as bolsas de futuros sujeitas à supervisão da CVM (art. 17 da Lei nº 6.385/76). Tanto as bolsas de mercadorias quanto as bolsas de futuro estavam sujeitas, à época, em especial em razão dos ativos nela negociados (derivativos financeiros e agropecuários), à supervisão do Banco Central do Brasil (Bacen).

⁵⁵ “Art. 26. Ficam sujeitas ao pagamento do imposto de renda, à alíquota de vinte e cinco por cento, a pessoa física e a pessoa jurídica não tributada com base no lucro real, inclusive isenta, que auferirem ganhos líquidos nas operações realizadas nas bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, encerradas a

- (i) a previsão, disposta no § 1º do art. 26 (ainda em vigor), de que os custos de aquisição dos ativos do mercado à vista, contidos no art. 55, § 2º, “a”, da Lei n. 7.799/1989, deveriam ser considerados pelos valores médios pagos. É a introdução do conceito de “custos médios” para a apuração do ganho nos mercados à vista:

Art. 26 [...]

§ 1º *Os custos de aquisição, os preços de exercício e os prêmios serão considerados pelos valores médios pagos, atualizados com base na variação acumulada da Ufir diária da data da aquisição até a data da alienação do ativo. [...]* (g.n.)

- (ii) a previsão contida no § 3º do art. 26 (este disposto foi derogado e a regra nele contida encontra amparo, atualmente, no art. 72, § 3º, “a”, da Lei n. 8.981/1995), que estende a sistemática dos ganhos líquidos às operações de alienação de ouro, ativo financeiro, fora da bolsa, desde que com a interveniência de instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional:

Art. 26 [...]

§ 3º *O disposto neste artigo aplica-se, também, aos ganhos líquidos decorrentes da alienação de ouro, ativo financeiro, fora da bolsa, com a interveniência de instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional. [...]*

partir de 1º de janeiro de 1992.

§ 1º Os custos de aquisição, os preços de exercício e os prêmios serão considerados pelos valores médios pagos, atualizados com base na variação acumulada da Ufir diária da data da aquisição até a data da alienação do ativo.

§ 2º O Poder Executivo poderá baixar normas para apuração e demonstração dos ganhos líquidos, bem como autorizar a compensação de perdas em um mesmo ou entre dois ou mais mercados ou modalidades operacionais, previstos neste artigo, ressalvado o disposto no art. 28 desta lei.

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se, também, aos ganhos líquidos decorrentes da alienação de ouro, ativo financeiro, fora da bolsa, com a interveniência de instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional.

§ 4º O imposto de que trata este artigo será apurado mensalmente.

Art. 27. As deduções de despesas, bem como a compensação de perdas na forma prevista no § 2º do artigo precedente, são admitidas exclusivamente para as operações realizadas nos mercados organizados, geridos ou sob responsabilidade de instituição credenciada pelo Poder Executivo e com objetivos semelhantes ao das bolsas de valores, de mercadorias ou de futuros.

Art. 28. Os prejuízos decorrentes de operações financeiras de compra e subsequente venda ou de venda e subsequente compra, realizadas no mesmo dia (day-trade), tendo por objeto ativo, título, valor mobiliário ou direito de natureza e características semelhantes, somente podem ser compensados com ganhos auferidos em operações da mesma espécie ou em operações de cobertura (hedge) à qual estejam vinculadas nos termos admitidos pelo Poder Executivo.

§ 1º O ganho líquido mensal corresponde às operações day-trade, quando auferido por beneficiário dentre os referidos no art. 26, integra a base de cálculo do imposto de renda de que trata o mesmo artigo.

§ 2º Os prejuízos decorrentes de operações realizadas fora de mercados organizados, geridos ou sob responsabilidade de instituição credenciada pelo Poder Público, não podem ser deduzidos da base de cálculo do imposto de renda e da apuração do ganho líquido de que trata o art. 26, bem como não podem ser compensados com ganhos auferidos em operações de espécie, realizadas em qualquer mercado.”

(iii) A previsão contida no § 4º do art. 26, que dispõe, de forma objetiva, dever ser apurado mensalmente o imposto de renda devido sobre o ganho líquido das operações ali tratadas, ao contrário do que ocorria com a redação do art. 55, § 1º, da Lei n. 7.799/1989, na qual apenas se presumia a apuração mensal em razão da referência ao período mensal do ganho líquido: “Art. 26 [...] § 4º O imposto de que trata este artigo será apurado mensalmente. [...]”

(iv) a previsão contida no art. 28, *caput* e § 1º, que introduziram na legislação tributária o conceito de “*day trade*”, qual seja, de operações de renda variável realizadas no mesmo dia, em posições opostas, e que geram um ganho (ou perda) intradiário aos seus titulares, tendo sido estendida a tais operações a mesma sistemática das operações “normais” de renda variável realizadas em ambientes/sistemas bursáteis, mas com a limitação de que eventuais perdas somente poderão ser compensadas com ganhos em operações de *day trade*:

Art. 28. Os prejuízos decorrentes de operações financeiras de compra e subsequente venda ou de venda e subsequente compra, realizadas no mesmo dia (*day-trade*), tendo por objeto ativo, título, valor mobiliário ou direito de natureza e características semelhantes, somente podem ser compensados com ganhos auferidos em operações da mesma espécie ou em operações de cobertura (*hedge*) à qual estejam vinculadas nos termos admitidos pelo Poder Executivo.

§ 1º O ganho líquido mensal corresponde às operações *day-trade*, quando auferido por beneficiário dentre os referidos no art. 26, integra a base de cálculo do imposto de renda de que trata o mesmo artigo. [...]

O conceito das operações de *day trade* foi absorvido por leis mais recentes, tendo sido o presente artigo derogado e a regra nele contida, acrescida de evoluções resultantes do melhor entendimento destas operações, encontrando-se, atualmente, expressa no art. 76, § 3º, da Lei n. 8.981/1995, e no art. 8º da Lei n. 9.959, de 27 de janeiro de 2000, com alterações introduzidas pelo art. 45 da Lei n. 12.350, de 20 de dezembro de 2010.

Além dos dispositivos acima destacados, cumpre observar que o art. 26 reitera o fato gerador do imposto de renda para as operações realizadas “nas bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas”, reforçando a importância do local de realização das operações como condição para a caracterização do ganho como líquido no art. 27, ao dispor que

as deduções de despesas, bem como a compensação de perdas [...], são admitidas exclusivamente para as operações realizadas nos mercados organizados, geridos ou sob responsabilidade de instituição credenciada pelo Poder Executivo e com objetivos semelhantes ao das bolsas de valores, de mercadorias ou de futuros.

Este raciocínio é reiterado, de forma negativa, no art. 28, § 2º. Embora o *caput* verse sobre operações de *day trade*, o conteúdo desse parágrafo não deixa dúvidas quanto à sua aplicação como regra genérica a qualquer operação, “normal” ou de *day trade*:

os prejuízos decorrentes de operações realizadas fora de mercados organizados, *geridos ou sob responsabilidade de instituição credenciada pelo Poder Público*, não podem ser deduzidos da base de cálculo do imposto de renda e da apuração do ganho líquido de que trata o art. 26, bem como não podem ser compensados com ganhos auferidos em operações de [mesma] espécie, realizadas em qualquer mercado. (g.n.)

Por fim, importante destacar o ajuste introduzido pelo art. 29,⁵⁶ constante na Seção V (“Imposto Sobre a Renda Mensal Calculado Sobre Rendas Variáveis”), da Lei n.

⁵⁶ “Art. 29. **Ficam sujeitas ao pagamento do imposto sobre a renda, à alíquota de 25%, as pessoas jurídicas, inclusive isentas, que auferirem ganhos líquidos em operações realizadas, a partir de 1º de janeiro de 1993, nas bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas.**

§ 1º *Considera-se ganho líquido o resultado positivo auferido nas operações ou contratos liquidados em cada mês, admitida a dedução dos custos e despesas efetivamente incorridos, necessários à realização das operações.*

§ 2º *O ganho líquido será:*

a) *no caso dos mercados à vista, a diferença positiva entre o valor da transmissão do ativo e o seu custo de aquisição, corrigido monetariamente;*
 b) *no caso do mercado de opções, a diferença positiva apurada na negociação desses ativos ou no exercício das opções de compra ou de venda;*
 c) *no caso dos mercados a termo, a diferença positiva apurada entre o valor da venda à vista na data da liquidação do contrato a termo e o preço neste estabelecido;*
 d) *no caso dos mercados futuros, o resultado líquido positivo dos ajustes diários apurados no período.*

§ 3º *O disposto neste artigo aplica-se também aos ganhos líquidos auferidos na alienação de ouro, ativo financeiro, fora de bolsa, bem como aos ganhos auferidos na alienação de ações no mercado de balcão.*

§ 4º *O resultado decorrente das operações de que trata este artigo será apurado mensalmente, ressalvado o disposto no art. 28 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, e terá o seguinte tratamento:*

I - se positivo (ganho líquido), será tributado em separado, devendo ser excluído do lucro líquido para efeito de determinação do lucro real;

II - se negativo (perda líquida), será indedutível para efeito de determinação do lucro real, admitida sua compensação, corrigido monetariamente pela variação da Ufir diária, com os resultados positivos da mesma natureza em meses subsequentes.

§ 5º *O imposto de que trata este artigo será:*

I - definitivo, não podendo ser compensado com o imposto sobre a renda apurado com base no lucro real, presumido ou arbitrado;

II - indedutível na apuração do lucro real;

III - convertido em quantidade de Ufir diária pelo valor desta no último dia do mês a que se referir;

IV - pago até o último dia útil do mês subsequente ao da apuração, reconvertido para cruzeiros pelo valor da Ufir diária vigente no dia anterior ao do pagamento.

§ 6º *O custo de aquisição dos ativos objeto das operações de que trata este artigo será corrigido*

8.541/1992. Com a alteração da sistemática de tributação das pessoas jurídicas sujeitas ao imposto de renda pelo lucro real, estas também deveriam ser tributadas em razão de suas operações de renda variável em ambientes/sistemas bursáteis.

Assim, as regras já estabelecidas anteriormente para as pessoas físicas e pessoas jurídicas não tributadas pelo lucro real também foram introduzidas para as pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real, passando a norma a tratar de forma idêntica todas as pessoas jurídicas para fins de tributação dos ganhos líquidos de operações de renda variável realizadas em ambientes/sistemas bursáteis, com a adoção das regras e conceitos já previstos anteriormente na legislação tributária. Hoje este dispositivo encontra-se totalmente derogado pelas disposições contidas no art. 72 e seguintes da Lei n. 8.981/1995, e alterações posteriores.

Como ocorre com todos os segmentos do ordenamento jurídico, a legislação referente às operações de renda variável realizadas em ambientes/sistemas bursáteis também evoluiu em razão das necessidades decorrentes do desenvolvimento e crescimento do mercado no qual são realizadas essas operações, bem como em razão de uma natural, contínua e orgânica adequação das normas à realidade dos mercados, promovida, muitas vezes, pela interação entre os agentes do mercado e o próprio legislador/regulador tributário.

A evolução da legislação demonstra como esta sempre pode ser aprimorada, seja por vícios da norma, equívocos de elaboração e de interpretação, ou alterações na própria realidade normatizada. Em razão disso é sempre importante analisar e interpretar a norma não apenas no estrito sentido literal ou gramatical de seu texto, mas também, e em especial, à luz da natureza do objeto normatizado, dos princípios que norteiam a normatização, da lógica do dispositivo, da sua harmonização ao sistema normativo e dos pressupostos adotados pelo legislador para a criação da norma, delimitação de seu alcance e geração de efeitos.

Contudo, nem mesmo com a adoção das melhores técnicas interpretativas a norma possibilita que seus objetivos sejam atendidos, não por ser inadequada, mas por não

monetariamente pela variação acumulada da Ufir diária, da data de aquisição até a data de venda, sendo que, no caso de várias aquisições da mesma espécie de ativo, no mesmo dia, será considerado como custo de aquisição o valor médio pago.

§ 7º A partir de 1º de janeiro de 1993, a variação monetária do custo de aquisição dos ativos, a que se refere o § 6º deste artigo, será apropriada segundo o regime de competência.

§ 8º Nos casos dos mercados de opções e a termo, o disposto neste artigo aplica-se às operações iniciadas a partir de 1º de janeiro de 1993.

§ 9º Excluem-se do disposto neste artigo os ganhos líquidos nas alienações de participações societárias permanentes em sociedades coligadas e controladas e os resultantes da alienação de participações societárias que permaneceram no ativo da pessoa jurídica até o término do ano-calendário seguinte ao de suas aquisições.

§ 10. (Vetado).” (g.n.)

representar mais a realidade sobre a qual deve ser aplicada. Isso é mais sensível em relação à norma material que versa sobre mercado de capitais, mas pode ser utilizada igualmente em relação à norma tributária que deve ser aplicada aos ganhos decorrentes das operações de renda variável cursadas em tais mercados.

Ademais, em razão do desenvolvimento técnico e tecnológico dessas operações, não só as novas sistemáticas operacionais apresentam-se como desafios para subsunção do fato à norma tributária, mas também a criação de novas estruturas e modelos de negócio faz com que a informação sobre tais operações torne-se cada vez mais sensível para permitir (i) o entendimento sobre o funcionamento desses mercados pelo legislador para uma adequada normatização, mas também (ii) que tais informações sejam adequadamente utilizadas para fins arrecadatórios. Tais temas serão aprofundados nas próximas seções deste trabalho.

1.7 As sistemáticas de tributação e arrecadação

Como visto em tópico anterior, no mercado de capitais há operações consideradas como de renda fixa e de renda variável. A sobreposição do conceito para fins econômicos e tributários não é perfeita, havendo distorções trazidas pela norma tributária em relação à efetiva natureza do resultado verificado em algumas operações.

Mas, para fins metodológicos e melhor entendimento das referências contidas neste estudo, a partir desta seção adotaremos a divisão contida na legislação tributária, seja porque é a base legal que será aqui estudada, seja porque é dela que decorrem outras diferenciações aplicáveis aos resultados dessas operações, como estruturas de apuração e recolhimento do imposto de renda e de bases de informações necessárias para apuração.

A base legal para a tributação pelo imposto de renda desses resultados (aqui genericamente considerados, referindo-se tanto aos ganhos de capital ou líquidos quanto aos rendimentos) encontra-se atualmente na Lei n. 8.981/1995 e na Lei n. 11.033/2004. A principal diferença entre as operações de renda fixa e variável trazida por esta legislação encontra-se nas estruturas de apuração e recolhimento do imposto de renda, que podem ser por meio de retenção fonte ou autorrecolhimento, cada qual resultando em diferentes fluxos para fins de informação necessária à apuração e cumprimento de obrigações acessórias pelos contribuintes e responsáveis tributários, bem como para a fiscalização pela Receita Federal do Brasil (“RFB”).

1.7.1 Retenção fonte

A retenção fonte é o regime de tributação expressamente adotado pelo legislador para fins de retenção e recolhimento do imposto de renda devido sobre o pagamento de rendimentos “auferidos em qualquer aplicação ou operação financeira de renda fixa ou de renda variável”, “mesmo no caso das operações de cobertura (*hedge*), realizadas por meio de operações de *swap* e outras, nos mercados de derivativos”, consoante disposição contida no *caput* do art. 5º da Lei n. 9.779, de 19 de janeiro de 1999.

Isso faz da retenção fonte o regime padrão para fins de tributação dos rendimentos auferidos em operações de renda fixa e renda variável, dentro ou fora do mercado de capitais. Deste dispositivo podemos extrair duas conclusões: (i) todos os resultados financeiros decorrentes de aplicações ou operações financeiras de renda fixa ou de renda variável são denominados genericamente como “rendimentos”, e (ii) todos os rendimentos são tratados pelo regime de retenção na fonte, segundo a vala comum desse artigo.

Exceção a essa regra encontra-se prevista no § 1º do art. 5º, não se aplicando a retenção na fonte em relação aos rendimentos auferidos em aplicações financeiras de renda fixa de titularidade de “instituição financeira, inclusive sociedade de seguro, previdência e capitalização, sociedade corretora de títulos, valores mobiliários e câmbio, sociedade distribuidora de títulos e valores mobiliários ou sociedade de arrendamento mercantil”, nos termos do art. 77, I, da Lei n. 8.981/1995.

Conforme referido em tópico anterior, a criação desta “vala comum” para aplicação do regime de retenção na fonte é estratégica para fins de arrecadação, uma vez que, não havendo disposição específica em lei sobre regime tributário diverso para determinada operação, aplicar-se-á o regime de retenção na fonte, o qual se mostra vantajoso para a administração tributária, tendo em vista que possui como características: (i) a terceirização da responsabilidade de retenção e recolhimento ao fisco por um terceiro que é a fonte do pagamento, a qual, em quase a totalidade das aplicações e operações, é uma instituição financeira; (ii) por uma questão de mitigação de responsabilidade, as instituições que se tornam responsáveis tributários pela retenção e recolhimento do imposto de renda em nome dos contribuintes não possuem incentivos para buscar uma interpretação tributária mais benéfica aos contribuintes (sob pena de serem autuados), nem de prestarem informações indevidas à administração tributária por meio das obrigações acessórias.

Não se pode deixar de ponderar também que, conforme já abordado anteriormente, a despeito de a legislação tributária não acompanhar integralmente o conceito econômico de

“renda fixa”, a presunção é de que os rendimentos resultantes de aplicações e operações de renda fixa sejam pré-determinados ou determináveis, sendo a fonte pagadora conhecedora dos valores devidos ao investidor, bem assim sendo detentora das informações necessárias para apuração da base de cálculo do imposto de renda.

Esta última premissa, embora verdadeira para as operações realizadas diretamente com instituições financeiras (por exemplo, empréstimos ou títulos de própria emissão), não é integralmente verdadeira para aquelas operações de renda fixa que são distribuídas para negociação em mercados secundários administrados por bolsas de valores, de mercadorias e futuros e assemelhadas, nas quais os intermediários e instituições financeiras administradoras de fundos muitas vezes não detêm as informações de custo de aquisição das operações, necessárias para a apuração da base de cálculo.

Independentemente de serem disponibilizadas ou não as informações necessárias para cumprir com o dever de retenção e recolhimento, o art. 65, § 7º, “b”, da Lei n. 8.981/1995 estabelece que o imposto de renda deve ser retido “por ocasião do pagamento dos rendimentos, ou da alienação do título ou da aplicação, nos demais casos”, pelas pessoas jurídicas que, por efetuarem o pagamento do rendimento (65, § 8º), tornam-se os responsáveis tributários.

Os *caputs* dos artigos 65 (Seção I – “Do Mercado de Renda Fixa”) e 76 (Seção III – “Das Disposições Comuns à Tributação das Operações Financeiras”) da Lei n. 8.981/1995 dão os contornos para o fato gerador do imposto de renda fonte a ser observado para as aplicações e operações de renda fixa, ao determinarem que os rendimentos produzidos por tais operações estão sujeitos à sua incidência, sendo ali também prevista a forma de tratamento desse imposto na fonte por parte dos contribuintes pessoas físicas e pessoas jurídicas (cada qual com seu próprio regime tributário).

Atualmente, as alíquotas a serem aplicadas em caso de retenção na fonte são aquelas de que tratam os incisos do art. 1º da Lei n. 11.033, de 21 de dezembro de 2004, variando de acordo com o prazo da aplicação (período pelo qual o investidor mantém a sua posição na aplicação ou na operação de renda fixa ou de renda variável) como forma de política tributária do governo, reduzindo-se a alíquota na medida em que se aumenta o prazo da permanência na operação.

Contudo, os ganhos líquidos resultantes das operações de mercado de capitais realizadas nas bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, bem assim as operações com liquidação futura realizadas fora de bolsa, não se submetem ao regime da retenção na fonte do imposto de renda, estando sujeitos ao regime de autorrecolhimento, nos

termos, respectivamente, dos arts. 72 a 75 (Seção II – “Do Mercado de Renda Variável”) da Lei n. 8.981/1995, e do art. 71 da Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Os motivos são abaixo expostos e esmiuçados.

1.7.2 Autorrecolhimento

O regime de tributação das operações de renda variável realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas é exceção à regra de retenção na fonte. As operações realizadas nesses ambientes e as operações com liquidação futura fora de bolsa (estas últimas entendidas como operações do mercado de balcão organizado) são tributadas pelo regime de autorrecolhimento sobre o ganho líquido apurado, que é o ganho resultante dos resultados positivos observados pelo investidor em um determinado período de mês, deduzidos dos custos de aquisição das operações e despesas para a sua realização, e ainda compensados com as perdas verificadas em operações de mesma espécie do próprio mês ou de perdas acumuladas de meses anteriores (art. 72, § 4º, da Lei n. 8.981/1995).

Mas nem todas as operações realizadas nesses ambientes são tributadas pelo regime do autorrecolhimento e têm seus ganhos e perdas considerados para fins de apuração do ganho líquido. Conforme pode se notar na denominação da Seção que trata sobre essas operações, as regras ali contidas destinam-se às operações do “Mercado de Renda Variável”. Assim, operações que possuem características de renda fixa, *per si* ou cujo rendimento decorrente da combinação das operações realizadas pode ser assim enquadrado em razão de predeterminação do resultado, obedecem ao regime de retenção na fonte, nos termos do art. 65, § 3º, *fine*, e § 4º, “a”, da Lei n. 8.981/1995.

Vale destacar também que, nos termos do art. 65, § 3º, *fine*, qualquer remuneração adicional aos rendimentos prefixados será submetida à incidência do imposto de renda na fonte por ocasião de sua percepção. Esta regra, contudo, é mais uma equiparação do legislador tributário que visa facilitar o trabalho de controle e fiscalização da RFB e não promover a adequada tributação sobre a natureza do resultado financeiro observado, uma vez que o rendimento adicional de que trata o referido parágrafo é, na verdade, um ganho quando a operação é realizada em ambiente de bolsa ou assemelhada.

Vamos tomar por exemplo uma debênture emitida pela empresa Y e que pagará juros mensais de 0,5%, consoante seu prospecto. Embora uma debênture seja um ativo de renda fixa, cujo resultado financeiro para o debenturista é um rendimento, a negociação do referido ativo em bolsa (ou seja, ao apetite do mercado, não integralmente vinculado ao valor da taxa

paga pelo emissor) acaba por gerar resultados em valor superior ou inferior àquele contido na curva de amortização do papel para uma determinada data. A diferença entre os valores desta curva e os preços negociados a mercado não são pagos pela companhia e, portanto, rendimentos não deveriam ser, mas sim ganhos decorrentes da livre negociação do papel. Não é este, contudo, o entendimento da RFB e da doutrina.

E qual o objetivo do fisco com esta retirada de operações, ou melhor, de resultados positivos, do regime de autorrecolhimento para o regime de retenção na fonte? Inicialmente, não se pode negar que o regime de retenção na fonte é, por lei, a regra geral para a tributação de aplicações e operações financeiras. Contudo, uma vez estabelecido o regime de autorrecolhimento das operações de renda variável em bolsa e assemelhadas como exceção a tal regra, esta deveria ser observada, independentemente de dificuldades operacionais ou de fiscalização, uma vez que sua previsão decorre de razões econômicas às quais nem a RFB, nem o legislador, podem desconsiderar.

As operações denominadas de renda variável possuem como característica comum a inexistência de previsibilidade dos resultados, positivos ou negativos, a serem observados quando de seu encerramento ou alienação. Desse modo, verificada a ocorrência de fatos geradores com operações de renda variável em bolsa, deve-se buscar, nos comandos prescritivos da regra de incidência tributária, o prazo para recolhimento do imposto de renda sobre uma determinada base de cálculo, a qual, ordinariamente em operações dessa natureza (com exceção das de derivativos, que possuem bases de cálculo diferenciadas, conforme acima referido), resulta da diferença entre o total dos valores de venda de um determinado ativo e o custo médio de aquisição desses papéis multiplicado pelo número de ativos alienados.

E, para apuração dessa base de cálculo, mostra-se essencial, portanto, a informação do custo médio de aquisição, informação complexa em razão da necessidade de guarda, pelos investidores, dos dados referentes ao custo de cada operação, sem limite de tempo, além de demandar o acompanhamento contínuo e preciso, sob pena de haver redução indevida da base de cálculo.

Mas há uma característica comum aos resultados financeiros observados nas operações de renda variável de que estamos tratando: todos eles, positivos ou negativos, podem ser individualmente conhecidos não apenas pelo investidor, mas também por terceiros que lhe prestem serviços financeiros (bancos, custodiantes, intermediários, entidades administradoras de bolsa ou de balcão, depositárias centrais, câmaras de

compensação e liquidação, etc.), mas a consolidação desses resultados somente é conhecida pelo investidor.

Logicamente que este conhecimento exclusivo pelo investidor decorre do modelo adotado para a consolidação de ganhos e perdas para apuração de ganhos líquidos tributáveis. Poder-se-ia adotar outro modelo, tributando na fonte, individualmente, o resultado financeiro de cada uma das operações realizadas em bolsa? Certamente que sim, uma vez que sempre há uma fonte pagadora do valor verificado no vencimento ou na alienação dos valores mobiliários negociados em bolsa. Mas seria eficiente este modelo? Certamente que não. Senão vejamos.

Caso cada resultado financeiro de operações de renda variável em bolsa fosse pago a um investidor com retenção na fonte, a fonte pagadora deveria considerar o total do valor pago como rendimento, aplicando-se a tabela regressiva sobre esse montante. Teríamos, certamente, uma sobretributação, uma vez que é quase impossível imaginar que um determinado valor mobiliário possui custo zero, e, por outro lado, a fonte pagadora nem sempre possuiria acesso à informação do custo de aquisição do valor mobiliário vencido ou alienado.

É fundamental observarmos que o conceito de “ganho” (também adotado para rendimento nas operações de renda fixa) é relativo ao custo de aquisição do valor mobiliário. Sendo este último desconhecido, aquele ganho torna-se impossível de calcular, resultando em tributação excessiva.

Haveria solução para esse modelo alternativo? Talvez a compensação em declaração de ajuste do total de imposto de renda antecipado com os custos médios de aquisição dos ativos, resultando em possíveis restituições vultosas. Mas isso faria com que os investidores amargassem longos períodos com privação de sua renda, a qual estaria na posse do governo. Poderia ser um modelo inicialmente eficiente para o Estado, mas não para o investidor (que deixaria de investir em outros ativos e perderia de melhor sua rentabilidade), para o mercado (que se tornaria menos eficiente, uma vez que haveria enxugamento de recursos disponíveis para aplicação) e, em última instância, para o próprio Estado (que veria a atividade do mercado minguar, afastaria investidores e reduziria o montante de imposto de renda que poderia estar arrecadando em outras operações realizadas em mercado com os recursos que foram antecipados).

Além disso, em observância aos ditames do que seja “renda” para fins da legislação especial e ordinária, o fisco estaria tomando do contribuinte, mesmo que apenas por um

período de tempo, recursos que não se confundem com a renda, mas sim com o patrimônio do contribuinte, ferindo princípios do não confisco e da capacidade contributiva.

Retornando à regra dos ganhos líquidos prevista na legislação em vigor, percebe-se que ela decorre da percepção de que, em operações de renda variável em bolsa, (i) a identificação da base de cálculo do imposto de renda deveria ser específica para o fim de que os resultados positivos e negativos estejam adequados ao conceito e aos critérios de renda, e (ii) as informações disponíveis para apuração dessa base são de conhecimento conjunto apenas pelo investidor.

Em relação a essa segunda percepção, e como dito acima, o investidor é o único que possui acesso à totalidade das informações para apuração do ganho líquido pelas seguintes razões: (i) não há restrição na legislação e na regulamentação do mercado de capitais para que um investidor opere por apenas um determinado intermediário, ou se utilize apenas de fluxos financeiros por meio de apenas um banco; (ii) alguns valores mobiliários que podem ser objeto de operações em mercados organizados de bolsa também podem ser objeto, em paralelo, de operações fora desse mercado, por meio de operações privadas de ações, por exemplo, o que impactaria o custo médio de aquisição da ação sem que o intermediário tivesse conhecimento; e (iii) há uma gama cada vez maior de tipos de operações que podem ser feitas com valores mobiliários, e a gestão sobre a custódia desses valores mobiliários (que podem estar custodiados em mais do que um custodiante) é de única e exclusiva responsabilidade dos investidores.⁵⁷

E, ao contrário das operações de renda fixa, as operações de renda variável não estão vinculadas (em sua maioria) a curvas de amortização do valor dos ativos, o que dificulta ainda mais a possibilidade de obtenção, pelo menos, de informações sobre o valor dessas operações.

E quais são as informações que os contribuintes precisam deter para poder apurar o ganho líquido decorrente de suas operações de renda variável em bolsa e de liquidação futura em balcão? São, essencialmente, as informações constantes nas notas de corretagem ou de

⁵⁷ Como exemplo desta situação podemos citar as operações de empréstimo de valores mobiliários, autorizadas pela Instrução CVM nº 441, de 10 de novembro de 2006, em razão das quais ações e outros valores mobiliários passíveis de serem depositados em uma central depositária (art. 23 da Lei nº 12.810/13) podem ser emprestados por meio de câmaras de compensação e liquidação. Tomemos como exemplo um investidor que possua 10 ações custodiadas ao custo médio de aquisição de R\$5,00. Caso ele tome 5 ações emprestadas, e nos termos da legislação tributária que versa sobre o empréstimo de valores mobiliários (Lei nº 13.043/2014), essas ações não terão custo, uma vez que não foram adquiridas pelo investidor, não devendo afetar seu custo médio de aquisição. Contudo, a sua posição em custódia passa a ser de 15 ações, e não mais 10. Apenas o investidor saberá, a partir desse momento, que um grupo de ações de sua titularidade e custódia não impacta custo médio de aquisição. Ninguém mais.

negociação emitidas pelos intermediários e registradores relativas às operações de renda variável em bolsa, de empréstimo de valores mobiliários, e de registro de operações de liquidação futura em balcão, bem assim as informações sobre posições em custódia e decorrentes de operações de empréstimo recebidas, respectivamente, dos custodiantes e dos intermediários.

Pode-se argumentar que as informações sobre custo de aquisição não são tão complexas e que há instituições às quais os contribuintes podem recorrer para obtê-las analiticamente, restando a eles apenas realizar o cálculo. Podemos até concordar parcialmente com a afirmação de que é possível o acesso pelos investidores a bases de informações essenciais ao recolhimento do imposto de renda detidas por terceiros, mas a consolidação dessas informações para fins de apuração do ganho de capital não é simples.

Ademais, não sendo simples para o investidor obtê-las e utilizá-las para fins de apuração da base de cálculo e também não sendo possível aos prestadores de serviços financeiros deter a totalidade das informações sobre as operações para auxiliar nesse cálculo, o que dizer da qualidade da informação que o fisco possui para acompanhar e fiscalizar a arrecadação decorrente das operações de renda variável no mercado de capitais.

O imposto de renda é um tributo sujeito ao procedimento⁵⁸ de lançamento por homologação, nos termos do arts. 142 e 150 do Código Tributário Nacional, sendo tal procedimento administrativo privativo da autoridade administrativa, tendente a verificar a ocorrência do fato gerador e a matéria tributável, a definir o montante e identificar o sujeito passivo.

Além do lançamento por homologação, há o de ofício e o por declaração, sendo que as referidas modalidades distinguem-se de acordo com o índice de colaboração do sujeito passivo. No lançamento por homologação quase todo o trabalho é de competência do contribuinte, limitando-se o fisco a homologar os atos por ele praticados, razão pela qual parte da doutrina denomina o lançamento por homologação como autolançamento,⁵⁹

⁵⁸ A doutrina divide-se acerca da natureza jurídica do lançamento. Para alguns, o lançamento administrativo é um procedimento, no sentido de que, por afetar direitos dos administrados, há de ser desenvolvido com obediência a certas formalidades legalmente impostas. Assim, por exemplo, há de ser sempre assegurado o direito de defesa ao contribuinte, que abrange o direito de uma decisão da autoridade, bem como o direito de recorrer dessa decisão a instância administrativa superior. Para outra parte da doutrina, como o Professor Paulo de Barros, entende que o lançamento é ato jurídico e não procedimento, como consta do art. 142 do Código Tributário Nacional. Consiste, muitas vezes, no resultado de um procedimento, mas com ele não se confunde. É preciso dizer que o procedimento não é imprescindível para o lançamento, que pode consubstanciar ato isolado, independente de qualquer outro.

⁵⁹ Há posição doutrinária no sentido de que o Direito Positivo Brasileiro não admite a existência do chamado autolançamento, por ter sido consagrado no art. 142 do CTN que o lançamento é ato privativo da autoridade

havendo a subsunção do comportamento humano à norma tributária material pelo próprio sujeito passivo.

Nesta modalidade de lançamento o contribuinte deve apurar o crédito tributário, sujeitando-o ao posterior controle da Administração Pública, em virtude do caráter privativo da atividade de lançamento, sendo que estas ações se distinguem, basicamente, pelo momento em que se torna devido o crédito tributário. Assim, o contribuinte deverá antecipar o pagamento, independentemente do exame prévio da administração tributária (o fisco homologa o pagamento efetuado antecipadamente pelo contribuinte, verificando se este adequa-se às declarações prestadas pelo contribuinte), estando em mora a partir do vencimento do tributo.

Dessa forma, uma vez que o imposto de renda devido pelos contribuintes sobre ganhos líquidos está sujeito ao procedimento de lançamento por homologação, o fisco necessita de informações sobre o fato gerador, a matéria tributável, o montante da base de cálculo e o sujeito passivo para poder homologar o imposto recolhido e declarado pelo contribuinte sobre referidos ganhos.

E como o fisco consegue acesso a tais informações? Por diversas fontes que se materializam em obrigações acessórias, conforme será especificado na seção 1.8.

Ocorre que, mesmo com toda essa gama de informações, não há perfeita sobreposição no cruzamento desses dados declarados com os valores de imposto de renda pagos aos cofres públicos por meio de Documento de Arrecadação de Receitas Federais (DARF). Isso porque, como dito acima, (i) o ganho líquido apurado pelos investidores demanda o tratamento da carteira de valores mobiliários de uma forma que apenas o

administrativa, conforme entendimento sustentado por Souto Borges. Assim, os agentes e órgãos da Administração Fiscal poderiam sempre controlar a realização do suposto normativo (“fato gerador”), homologando ou não as declarações prestadas pelo sujeito passivo. Além disso, Ainda com relação ao autolancamento, há grande discussão acerca de sua natureza jurídica, sendo que existem, basicamente, três entendimentos a respeito, quais sejam: natureza declaratória do crédito tributário; natureza constitutiva do lançamento tributário; e, por fim, a natureza híbrida, isto é, constitutiva do crédito e declaratória do lançamento. A primeira corrente doutrinária defende a natureza declaratória, não possuindo o lançamento o condão de criar, modificar ou extinguir direitos, mas sim declarar o direito anterior consubstanciado na obrigação tributária, o que, por sua vez, surge com a ocorrência do fato previamente descrito na lei. A segunda corrente prefere a natureza constitutiva do lançamento, na qual o lançamento apenas declarará o crédito tributário, valendo-se, para tanto, de uma leitura objetiva do artigo 142 do CTN. Segundo Paulo de Barros Carvalho e Eurico Marcos Diniz de Santi, a constituição definitiva do crédito ocorre com a notificação válida do lançamento, pois é neste momento que se constata a publicidade do ato administrativo. Não se pode sacrificar o direito à ampla defesa e ao contraditório, constitucionalmente garantidos. Tal raciocínio, empregado ao lançamento por homologação, resulta no fato de que não pode o Fisco, sem sequer manifestar-se sobre as declarações do contribuinte, inscrever seu débito em dívida com base apenas em tais declarações. Em que pese o entendimento majoritário da jurisprudência admitir o autolancamento, não deveria ser correto tal entendimento, visto que não poderia o Fisco ajuizar execução fiscal apenas com base nas declarações do contribuinte, sem prévia notificação e manifestação do sujeito passivo. O lançamento definitivo se dá com a notificação do sujeito passivo.

investidor consegue consolidar (por exemplo, ganhos em operações de empréstimo de ativos e controle de posições em custódia nessas operações) e (ii) a informação sobre o custo médio de aquisição de valores mobiliários do mercado à vista é dinâmica e decorre de uma série de eventos que fogem ao controle dos intermediários em mercados de bolsa ou balcão organizado, sendo de difícil obtenção pelo investidor e, muito mais, pelo fisco.

E, além dessas razões, há uma menos operacional, mas muito mais relevante do ponto de vista conceitual, que é a falta de informações adequadas para que o fisco entenda como efetivamente funcionam, interagem e se complementam as operações de renda variável em bolsa ou de liquidação futura em balcão organizado.

O sistema tributário brasileiro, com suas camadas de normas integradas por princípios e pressupostos tributários constitucionais, teria total condição de absorver as hipóteses de incidência de imposto de renda adequadas à subsunção de operações realizadas nesses mercados que geram, efetivamente, renda, e que se tornam mais complexas a cada dia. E, de fato, a legislação tributária já possui condições de absorver adequadamente a tributação de boa parte dessas operações, o que pode muitas vezes ser possível em razão da interpretação da norma adotada pelo fisco. Mas, para isso, e como dito acima, o fisco precisaria (i) conhecer como funcionam os mercados de renda variável e (ii) adequadamente interpretá-los ou propor ao governo os ajustes necessários para que haja a imputação normativa pertinente.

E qual seria um dos requisitos necessários para que o fisco possa atuar de forma adequada nessa direção, observados os princípios constitucionais tributários? Certamente, o acesso a informações mais acuradas sobre o funcionamento dessas operações, o que hoje é limitado em razão das interpretações jurisprudenciais e, em boa parte, doutrinárias existentes sobre o sigilo bancário que acobertaria tais informações e que restringe os meios pelos quais o fisco deveria acessá-la, reduzindo, obviamente, a qualidade da informação de que dispõe.

Se fosse permitido ao fisco o acesso a informações mais apuradas sobre operações de renda variável, seria possível àquele órgão entender o funcionamento do mercado e adequar a interpretação da tributação aos efetivos fluxos existentes, tornando-o mais eficiente, assim como mais eficiente (e transparente) a aplicação da legislação tributária.

Com este raciocínio em mente, e observados os princípios constitucionais (não apenas os tributários), passar-se-á a detalhar e demonstrar como o acesso do fisco a informações sobre operações de renda variável em bolsa e de liquidação futura em balcão organizado tornaria a tributação (e o próprio mercado, objetivo da legislação do mercado de capitais) mais eficiente e transparente, havendo fundamentos sólidos para que se entenda

pela inexistência de impedimentos legais para que tal acesso a informações necessárias não se caracterize como quebra de sigilo.

1.8 Os dados necessários para fins de recolhimento e fiscalização

Conforme desenvolvido na seção sobre o regime de autorrecolhimento, a administração tributária recebe uma série de informações por meio de obrigações acessórias que devem ser entregues pelos participantes do mercado (instituições financeiras) e pelos investidores locais, referentes a operações de renda variável em bolsa e de liquidação futura em balcão organizado. Uma vez detendo tais informações, o fisco busca confrontar os dados extraídos dos fatos com o descritor da norma de incidência, para o fim de homologar (ou solicitar mais informações ao próprio contribuinte) os montantes de imposto de renda recolhidos (ou cobrar aqueles que seriam devidos).

Mas existe um vale de conhecimento do fisco entre (i) a materialidade do imposto de renda que o fisco entende que deve ser tributado, e que pode até estar adequadamente vinculado ao ganho líquido verificado, e (ii) a real geração de acréscimos patrimoniais (renda) verificados como resultado final das operações de renda variável em mercado de capitais.

Senão, vejamos. Em uma operação com COE, os bancos podem emitir esses títulos e garantir aos seus clientes a rentabilidade que o conjunto de ativos/valores mobiliários que o compõem gere em um determinado período de tempo. A princípio, esses ativos foram efetivamente autorizados pelos reguladores (Bacen e CVM) apenas para emissão em mercado primária, numa relação direta entre bancos (emissores) e clientes (beneficiários). Neste primeiro passo, a RFB se pronunciou e alterou a Instrução Normativa RFB n. 1.585/2015, em seu art. 51, para determinar que o COE deveria ser tributado como renda fixa.

Contudo, a norma regulatória evoluiu para permitir que o COE seja negociado em mercado secundário (Instrução CVM n. 569, de 14 de outubro de 2015). A partir desse momento, em especial com relação a um COE que tenha a totalidade de sua carteira de referência constituída por ações de uma determinada empresa listada em mercado organizado de bolsa, mostra-se adequada a tributação do ganho resultante desse COE como renda variável, e não renda fixa, mas nada foi alterado em relação à norma tributária até o momento, em que pesem pleitos apresentados pelo mercado.

Esse é um dos exemplos em razão dos quais as informações que deveriam ser fornecidas ou de acesso pelo fisco não são apenas as informações necessárias para apuração da base de cálculo do imposto de renda sobre ganhos líquidos (assim como ocorre para outras rendas e tributos), mas também informações que permitam ao fisco identificar o real funcionamento de determinados mercados, suas operações e respectivos ganhos ou rendimentos, para com isso interpretar adequadamente a norma tributária e emitir seu posicionamento, ou mesmo para que possa propor ao governo ajustes necessários na legislação tributária, em parceria com os entes privados.

Esta atitude reforçaria a transparência requerida pelos contribuintes em relação ao fisco e traria maior eficiência ao sistema tributário e aos trabalhos de fiscalização e arrecadação. E seria possível graças ao acesso do fisco a informações agregadas relativas às operações de renda variável em mercado de capitais, as quais permitiriam identificar métricas, fluxos, comportamentos e resultados. Estas informações, no entanto, acabam se imiscuindo com outras informações pontuais que o fisco busca em relação aos contribuintes, as quais são todas hoje entendidas por boa parte da doutrina e da jurisprudência (conforme será visto adiante neste trabalho) como sendo informações albergadas pelo manto da privacidade e, portanto, invioláveis pela administração tributária sem a determinação judicial.

Por outro lado, e em razão de autorização expressa contida no art. 5º da Lei Complementar n. 105, de 10 de janeiro de 2001 (a qual dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências), bem assim no Decreto n. 4.489, de 28 de novembro de 2002 (que regulamentou o art. 5º), foi permitido o acesso pela administração tributária, na periodicidade, nos limites de valor e segundo critérios ali definidos, a informações fornecidas pelas instituições financeiras em relação a operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços, entre elas as operações de renda variável no mercado de capitais.

Os critérios e limites para a prestação dessas informações serão estudados na seção 2.6, mas pode-se adiantar que as informações a que o fisco hoje possui acesso em relação a operações de renda variável no mercado de capitais podem ser agrupadas nos seguintes grupos, a depender da instituição financeira/investidor que esteja obrigado a prestá-las em obrigações acessórias.

1. **Contribuinte:** deve declarar ao fisco, por via da Declaração de Ajuste Anual do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física, o custo total e a quantidade dos ativos e

valores mobiliários adquiridos, indicar os resultados das alienações realizadas, para que seja possível identificar se houve ganhos ou perdas, bem como o valor do imposto de renda recolhido sobre o ganho líquido apurado em bases mensais.

2. **Bancos:** possuem a obrigação de prestar ao fisco informações sobre o saldo das movimentações financeiras em um determinado período, as quais eram, até 1º de janeiro de 2016, fornecidas semestralmente por meio da Declaração de Informações sobre Movimentação Financeira (“DIMOF”), instituída pela Instrução Normativa RFB n. 811/2008, recentemente substituída pela e-Financeira, instituída por meio da Instrução Normativa RFB n. 1.571/2015, com efeitos parciais com relação aos anos-calendário de 2014 e 2015 e totais a partir de 1º de janeiro de 2016 (no ano-calendário de 2015 a DIMOF e a e-Financeira coexistiram, pois as instituições financeiras precisaram de tempo hábil para adequar seus sistemas à nova obrigação acessória).
3. **Custodiantes:** detêm as posições em custódia dos ativos e valores mobiliários dos investidores, há a obrigação de prestar ao fisco (i) a Declaração de Transferência de Titularidade de Ações (“DTTA”), introduzida pela Instrução Normativa RFB n. 892/2008, que tem por finalidade informar sobre as transferências de ativos e valores mobiliários, com descrição sobre os valores envolvidos e se houve o recolhimento de imposto de renda ou se era hipótese imunidade, isenção ou não-incidência; e (ii) a e-Financeira, por meio da qual são prestadas informações de saldo de ativos e valores mobiliários custodiados.
4. **Intermediários:** possuem a obrigação de prestar ao fisco, em relação às operações de renda variável em bolsa e operações de liquidação futura em balcão organizado, (i) a e-Financeira, por meio da qual são prestadas informações sobre as posições em derivativos detidos pelos investidores em cada intermediário; e (ii) a Declaração de Imposto de Renda Retido na Fonte (“DIRF”), referente aos valores retidos pelos intermediários sobre saldos positivos em operações em renda variável em bolsa, operações de liquidação futura em balcão organizado e em operações de mercado à vista registradas no mercado de balcão organizado, nos termos do art. 2º e §§ da Lei n. 11.033/2004.

2 O SIGILO BANCÁRIO

2.1 Evolução histórica

O sigilo bancário não surge historicamente como regra jurídica, mas sim como regra moral, decorrente de um elemento inato à atividade bancária desde a origem desse exercício profissional: a confiança do cliente em seu banqueiro, contrapartida da necessária discricção (qualidade e dever moral) deste em relação às atividades do primeiro, quase equiparado à guarda de um segredo.⁶⁰

Não se tem um marco temporal definido para o surgimento do instituto do sigilo bancário, mas é certo que ele surge simultaneamente à atividade bancária, uma vez que, pelo caráter de discricção dessa atividade, com ele se confunde.⁶¹

A atividade bancária origina-se e desenvolve-se em paralelo à atividade comercial, sendo realizada na Antiguidade em templos religiosos, por meio da atuação dos sacerdotes como “banqueiros primitivos”, podendo ter sido originado desta relação entre discípulos e sacerdotes — a qual já gozava de confiança e segredo em âmbito religioso — a característica de confiança e segredo que passaria a marcar a relação financeira entre clientes e banqueiros.⁶²

A destacada evolução da atividade comercial dos templos da Babilônia, da Grécia e de Roma permitiu o desenvolvimento do instituto do sigilo bancário. O conjunto de leis do período babilônico conhecido como “Código de Hammurabi” foi o primeiro documento a tratar sobre as operações bancárias, prevendo entre suas regras noções de confiança e discricção.⁶³ A intensa atividade comercial na Grécia e na Roma dos séculos IV e III a.C., com a utilização de banqueiros (à época denominados de “cambistas”, “trapezistas”, “argentários” e “numerários”),⁶⁴ propiciava o desenvolvimento de regras mais apuradas para o exercício da atividade bancária, sendo certo que já se previa à época que os negócios

⁶⁰ “Pensados sob a perspectiva do direito, os termos segredo e sigilo não permitem visão unitária, tantas as alternativas resultantes de seus aspectos objetivos e dos sujeitos envolvidos”. CENEVIVA, Walter. Segredos Profissionais. São Paulo: Malheiros, 1964.

⁶¹ ABRAÃO, Nelson. Direito Bancário. 7ª ed. (revista, atualizada e ampliada por Carlos Henrique Abraão). São Paulo: Saraiva, 2001, p. 51.

⁶² HAGSTROM, Carlos Alberto. Comentários à Lei do Sigilo Bancário. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editora, 2009, p. 36.

⁶³ HAGSTROM, Carlos Alberto. Comentários à Lei do Sigilo Bancário. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editora, 2009, p. 37.

⁶⁴ BALTAZAR Júnior, José Paulo. “Considerações sobre o Sigilo Bancário”. Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 36, p. 102.

realizados com banqueiros não eram realizados na presença de testemunhas, bem assim a existência de livros contábeis para o registro das transações (*codex accepti et expensi*) que não podiam ser apresentados a terceiros que não magistrados, reforçando o caráter sigiloso dessas operações.⁶⁵

É importante antecipar, nesta digressão histórica, uma dicotomia que será contraposta na era moderna, uma vez que teve alterado seu significado: a distinção entre o que é público e o que é privado.

Esta distinção em Roma tinha correlação com o que era de utilidade comum ou dos particulares, e na Grécia a diferença decorria entre aquilo que era visível a todos, por isso público, e aquilo que não era exposto em público por ausência de necessidade ou dever de transparência, estando adstrito ao âmbito privado do indivíduo. Já na era moderna, como será visto, esta distinção que parecia clara perde nitidez em razão da introdução do conceito de “social” e de “coletividade”, que molda o conceito moderno de “privacidade” em relação a um interesse público e à proteção do indivíduo em face do Estado e do mercado.⁶⁶

Retornando à digressão histórica, posteriormente, em especial no período da Idade Média, na qual se tem uma intensa atividade comercial e a necessidade de troca de moedas entre as diferentes regiões e cidades, os cambistas destas moedas ganham relevância em sua atividade, com o surgimento dos primeiros bancos organizados e com estrutura comercial na Europa (em especial na Itália). Essas instituições podem pela primeira vez ser denominadas efetivamente por “bancos”, à semelhança da atividade hoje também exercida, praticando atividades de agente de pagamento, depósito e guarda de riquezas e transações de crédito. Elas passam a existir às dezenas, em especial nas cidades com maior presença comercial (como Veneza, Florença e Gênova), tendo atuação local ou internacional, e detinham como principal elemento de sua atividade o segredo perante terceiros e a discrição em relação às transações de seus clientes.

O aumento da atividade comercial, inclusive a bancária, também é intensamente vinculado, a partir dos séculos XII e XIII, às atividades dos Templários (Ordem dos Cavaleiros Pobres do Templo de Salomão). A Ordem tornou-se extremamente rica e poderosa no período, detendo propriedades e riquezas em toda a Europa e no Oriente Médio, e passou a desenvolver atividades financeiras e bancárias, inclusive para reis e papas. Além de também manterem as características de segredo e discrição nas transações que realizavam,

⁶⁵ HAGSTROM, Carlos Alberto. Comentários à Lei do Sigilo Bancário. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editora, 2009, p. 38.

⁶⁶ FERRAZ Júnior, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. São Paulo, Atlas, 1988, p. 131.

foram inovadores na criação ou desenvolvimento de algumas atividades, como, por exemplo, a prática de arrendamento mercantil de propriedades e do financiamento para transporte marítimo de mercadorias, o aperfeiçoamento dos registros contábeis por meio da adoção do sistema de partidas dobradas, o auxílio na multiplicação dos tipos e usos dos títulos de crédito (em especial as letras de câmbio) e a atuação como coletores de impostos e taxas.⁶⁷

Ainda nesse período pode-se destacar a atividade bancária desenvolvida pelos bancos eclesiais, denominados “*montes pietatis*”, que, na sua origem, não cobravam juros sobre os empréstimos que realizavam, mas, com o tempo, passaram a praticar operações como as de financiamento comercial. A atividade bancária dessas instituições era tão relevante que o Papa Leão X, preocupado com a proteção dos fatos e informações que cercavam as operações, lavrou uma bula que versava sobre o segredo que deveria ser em relação a elas observado. Precauções de mesma natureza já eram observadas em um manual de regras para o comércio (“*Conselhos sobre o comércio*”) datado dos idos da Baixa Idade Média, que recomendava aos banqueiros deter como qualidades a prudência, a experiência e a discrição.⁶⁸

Nota-se que, no decorrer dos séculos, o dever moral de sigilo, que deveria ser inicialmente observado pelos bancos (ou pelas instituições que praticavam atividade bancária) em face das transações de seus clientes e das informações destes próprios, começa a deixar de ser apenas uma prática, um costume comercial, para passar a ser introduzido em regras e normativos de âmbito privado, o que se intensificou com a época dos descobrimentos e das viagens marítimas. Os bancos passaram a prever em seus regulamentos e estatutos, de forma expressa, o dever de discrição, o qual era observado pelo banqueiro, mas também imposto aos seus empregados que acabavam por ter acesso às informações dos clientes, conforme registros nesse sentido já praticados pelo Banco de São Jorge, em Roma (instituição que perdurou até 1767).⁶⁹

⁶⁷ HAGSTROM, Carlos Alberto. *Comentários à Lei do Sigilo Bancário*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editora, 2009, p. 39. É interessante observar que a Ordem dos Templários já desenvolvia nos séculos XII e XIII a atividade de coleta de impostos e taxas que eram devidos aos monarcas e governantes das diferentes localidades em que atuava a organização, à semelhança do que hoje é praticado pelas instituições financeiras em decorrência de obrigação legal e definição dessas instituições como responsáveis tributários, nas diferentes jurisdições.

⁶⁸ HAGSTROM, Carlos Alberto. *Comentários à Lei do Sigilo Bancário*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editora, 2009, p. 40.

⁶⁹ BALTAZAR Júnior, José Paulo. “Considerações sobre o Sigilo Bancário”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 36, p. 103.

Não tardou para que aquele dever moral de sigilo e discrição, até então regulado no âmbito privado, em razão do atendimento a interesses que não eram apenas individuais, mas também coletivos, passasse a ser introduzido no ordenamento jurídico, em âmbito legislativo, como um efetivo dever jurídico, em especial a partir de um decreto baixado pelo Rei Luís XIII, da França, em 1639,⁷⁰ e, posteriormente, com a “Grande Ordenação sobre o Comércio”, em 1706.⁷¹

Uma vez introduzido nos ordenamentos jurídicos, o sigilo bancário ganha novos contornos, características e limites em razão das diferentes interpretações que passam a lhe ser atribuídas, seja em razão de visões diferentes sobre a sua natureza, seja em razão do momento histórico e constitucional em que ele é normatizado.

Antes de avançarmos na análise do sigilo bancário nos tempos modernos, é importante analisarmos como o sigilo bancário, em que pese tenha surgido em relação de simbiose com o segredo profissional bancário — relação de confiança e discrição daquele que era responsável pela guarda das riquezas de seus clientes —, acabou por ganhar características próprias com o tempo. O segredo bancário é visto como espécie de segredo profissional por muitos autores, dentre eles Carlos Covello, para quem “o sigilo bancário é, sem dúvida, uma espécie de sigilo profissional, pois surge do exercício da atividade bancária, que se caracteriza pela profissionalidade”.⁷²

Em sua origem, o sigilo bancário confundia-se com o segredo profissional de uma atividade específica, mas os segredos profissionais, por seu turno, mostram-se de diferentes maneiras a depender da natureza e das características das diversas atividades e respectivas informações que visa proteger, inclusive no que se refere ao atendimento de interesses privados, públicos e sociais (havendo predominância, normalmente, de uns sobre os outros). No que se refere à atividade bancária, o cliente tem interesse no sigilo porque não quer que sejam divulgados fatos e dados sobre si, os quais, nos termos das previsões legais e constitucionais contemporâneas, “já são reconhecidos como constituindo um reflexo e uma projeção de sua personalidade”.⁷³

⁷⁰ HAGSTROM, Carlos Alberto. *Comentários à Lei do Sigilo Bancário*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editora, 2009, p. 40.

⁷¹ BALTAZAR Júnior, José Paulo. “Considerações sobre o Sigilo Bancário”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 36, p. 102-103.

⁷² COVELLO, Sérgio Carlos. “O Sigilo Bancário como Proteção à Intimidade”. *Revista dos Tribunais* n° 648. RT, outubro 1989, p. 27-30.

⁷³ WALD, Arnoldo. O sigilo bancário no Projeto de Lei Complementar de reforma do sistema financeiro e na Lei Complementar n° 70. *Separada da Revista de Informação Legislativa*, n° 116, out-dez;1992, p. 237.

Esse dever de discrição dos bancos em relação a seus clientes, que consistia no sigilo bancário em sua origem, e que ainda não é diferente daquele sigilo que deve ser observado nas atividades profissionais e comerciais, visava a proteção de interesses privados, tanto dos banqueiros quanto de seus clientes. A proteção dos fatos e dados dos clientes dos bancos, relativa a um interesse individual, com o tempo e com o entendimento coletivo da importância dessa proteção (conservação de um “segredo”), que deveria valer para todos os clientes, passou a ser socialmente aceito e visto como benéfico (uma vez que não eram apenas as operações “dos outros” que eram resguardadas de divulgação, mas as “suas” também, atendendo, assim, a um interesse coletivo.⁷⁴

A concepção de que o segredo dos negócios havidos com um banco é um direito dos clientes é muito mais recente e decorre tanto da organização e consolidação do comércio bancário quanto do estabelecimento da tutela normativa do Poder Público. Por seu turno, sendo um direito do cliente, o sigilo bancário passou a ser visto como um dever jurídico do banqueiro (seja diretamente em relação à necessidade de proteção da informação do cliente, seja indiretamente em relação à vedação para revelar segredos profissionais).

Pela ótica da instituição bancária, por outro lado, o dever de proteção à divulgação das informações das operações e movimentações dos clientes também representa, em contraposição a esse dever, um direito da instituição bancária perante terceiros, no sentido de não ser obrigada a fornecer referidas informações a não ser para o cliente.

Mas nenhum desses interesses justifica, efetivamente, as motivações que levaram os Estados a passar a proteger o sigilo bancário, uma vez que, em relação a muitas atividades comerciais, a divulgação de informações também poderia acarretar danos para os clientes, primeiramente, e para os comerciantes, ato contínuo, por perda da confiança em sua atuação. Qual seria esse interesse?

O interesse estatal na proteção do sigilo bancário tem, nos tempos modernos, algumas justificativas, dentre elas a proteção do próprio sistema financeiro. Na Antiguidade e na Idade Média, épocas nas quais as relações econômicas não eram tão desenvolvidas e as estruturas bancárias não eram integradas, tínhamos também — com raras exceções, como Roma — a ausência de um Estado forte e centralizador das decisões monetárias e financeiras de seus súditos/cidadãos. E mais que isso: não havia uma rede de relações entre Estado,

⁷⁴ O sigilo bancário atende um interesse coletivo por pacificar entre os clientes de uma instituição bancária o entendimento de que não serão divulgadas informações sobre fatos e dados de suas operações e vida financeira, a qual poderia trazer impactos negativos para relações comerciais e pessoais das pessoas que tivessem essas informações trazidas a público. Importante destacar que se está tratando de uma época a qual ainda era totalmente desenvolvido o conceito de direitos subjetivos, muito menos de sua proteção pelo Estado.

instituições bancárias e clientes tal como existe hoje, razão pela qual se pode afirmar que não havia um sistema de regras e entidades que se pudesse denominar de sistema financeiro.

Contudo, mais recentemente, em especial a partir do século XX, após grandes transformações sociais, políticas e econômicas que afetaram as estruturas do Estado, houve também grandes alterações na concepção e na forma como a atividade financeira e bancária passou a ser desenvolvida. Reconheceu-se nelas um caráter “publicístico”, em razão do interesse público envolvido, uma vez considerando o papel fundamental e central das instituições financeiras para o desenvolvimento econômico (canalização de poupança, distribuição do crédito, criação da moeda, etc.).

As instituições financeiras (não apenas os bancos), em especial com o fortalecimento do Estado moderno e a detenção por ele do monopólio da emissão do papel-moeda (atividade esta exercida pelos Bancos Centrais), não estavam mais adstritas apenas às relações privadas com seus clientes e às obrigações de contornos mais genéricos previstas na esparsa legislação anterior. A atividade bancária passou a observar crescente publicização na mesma proporção com que o Estado passou a atuar de forma mais efetiva sobre o controle da moeda, por meio de políticas monetárias e creditícias que precisavam atuar também em relação à moeda escritural originada na atividade bancária.⁷⁵

Além disso, com a globalização, com os avanços tecnológicos e financeiros e com o aumento internacional da liquidez do capital, as instituições financeiras passaram a atuar não apenas localmente, mas cada vez mais internacionalmente em transações financeiras com seus clientes, integrando os diversos sistemas financeiros nacionais. Este desenvolvimento e integração dos sistemas financeiros, ao mesmo tempo que favorece e retroalimenta a velocidade com que as transações são realizadas, agrega mais risco a cada uma das instituições financeiras bancárias e aos sistemas financeiros nacionais individualmente considerados. Isso porque a desconfiança em uma instituição bancária, antigamente, gerava a perda de seus clientes para outras instituições; contudo, nos dias atuais, em razão da interligação entre instituições e sistemas, a perda de confiança em um banco pode representar a desconfiança em todo um sistema, pelo efeito do contágio, acarretando em risco sistêmico e impactos para a economia em geral.⁷⁶

⁷⁵ Para maiores detalhes sobre este processo de publicização da atividade bancária: WALD, Arnaldo; HAGSTROM, Carlos Alberto. A defesa da concorrência e o Sistema Financeiro: a indivisibilidade do poder monetário. In *Direito Concorrencial*, p. 10-13.

⁷⁶ GOMES, Noel. *Segredo bancário e direito fiscal*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 26-27.

Assim, quanto menos informação disponível sobre transações financeiras individuais, ficando esta adstrita aos órgãos de controle do sistema financeiro, também menor será a probabilidade de esta informação gerar instabilidade nos mercados e acarretar crises bancárias. A preservação da proteção às informações bancárias atua em benefício da estabilidade econômica e dos interesses do próprio Estado.

Sendo a confiança, portanto, elemento essencial à existência da atividade bancária e das instituições que a exercem, deve-se buscar sua preservação, seja pelos interesses privados e individuais dos clientes e dos próprios bancos, seja pelo interesse público e coletivo em relação aos impactos da atividade bancária para a estabilidade econômica, em especial do sistema financeiro.

Nesse contexto, a manutenção da confiança nas instituições financeiras, incluindo as bancárias, consubstanciada na proteção da privacidade das informações de transações financeiras de seus clientes, mostra-se como pressuposto necessário ao exercício dessa atividade, sendo o sigilo bancário, assim, praticado pelos bancos (que querem resguardar as informações de seus clientes), querido pelos clientes (que têm interesse na proteção de sua privacidade) e protegido pelo Estado (que, por razões de ordem pública, enxerga no sigilo bancário um instrumento de proteção do sistema financeiro) por meio de previsão no ordenamento jurídico.

Esta visão de que o sigilo bancário atende ao interesse do Estado na proteção do sistema financeiro é, no entanto, relativa. Isso porque, se por um lado o Estado não quer fragilizar a confiança dos clientes nas instituições financeiras bancárias que compõem o sistema financeiro, por outro lado o próprio Estado tem interesse, ou melhor, necessidade no acesso a essas informações, por diferentes razões e para finalidades diversas, que vão desde o controle da exposição de capital das instituições financeiras e a regularidade das operações cursadas nos mercados de capitais, até o acesso para homologação de lançamentos tributários e adequado entendimento do funcionamento dos mercados.

Mas o sigilo bancário, como segredo que é em sua origem, não deveria, *a priori*, diferenciar a sua proteção em relação a terceiros privados ou públicos, uma vez que visa resguardar a privacidade de um indivíduo (seja ele pessoa física ou jurídica) em relação às suas informações sobre fatos e dados financeiros. E é em relação à forma e à natureza da proteção dessa privacidade que se desenvolvem, a partir do século XX, as discussões afetas

ao sigilo bancário, partindo-se da noção de existência “de uma esfera mais reservada do indivíduo, confrontada com uma organização social fortemente invasiva da privacidade”.⁷⁷

Esta, em conjunto com outras teorias, tenta justificar por diferentes fundamentos e formas a proteção jurídica ao sigilo, de forma ampla. Passemos a analisá-las, de modo a podermos conceituar o sigilo bancário e determinar suas características e limites.

2.2 Teorias, conceitos, definições e limites do sigilo

2.2.1 As teorias de proteção ao sigilo

Diversas são as teorias que tentam explicar o fundamento jurídico do sigilo bancário, diferenciando-se, inclusive, em relação à estrutura do direito ao sigilo. Isso pode ser explicado, em grande medida, pelo fato de que o sigilo bancário surgiu da prática comercial e foi, posteriormente, vertido para o ordenamento jurídico, não tendo sido originalmente cunhado como um instituto jurídico.

Isso explica, por vezes, confusões realizadas por algumas dessas teorias que, ao tentarem classificar e explicar o fundamento jurídico do sigilo bancário, identificam-no com suas fontes, com suas consequências, com a execução de sua obrigação, com as sanções por seu descumprimento ou mesmo com outras realidades materiais (como o segredo profissional). Embora todos esses elementos sejam vinculados ao tema do sigilo bancário, é necessário segregá-los e classificá-los adequadamente para que se possam identificar os reais fundamentos possíveis do sigilo bancário e suas construções teóricas.

Este trabalho pode parecer inócuo para alguns autores, os quais chegam a afirmar ser impossível chegar a uma conclusão absoluta quanto à fundamentação do segredo,⁷⁸ por entenderem que esta fundamentação varia em razão do tempo e do espaço analisado, ou seja, um fundamento hoje adotado em razão de prática comercial pode ser amanhã alterado pela incorporação da proteção do sigilo no ordenamento jurídico, bem como os ordenamentos jurídicos de diferentes jurisdições podem despender tratamentos diversos para a proteção desse objeto.

⁷⁷ HAGSTRÖM, Carlos Alberto. Comentários à lei do sigilo bancário. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p. 32.

⁷⁸ FERRER, Maria José Guillén. El secreto Bancario y sus limites legales. Valência: Tirant lo blanch, 1997, p. 35.

De fato, esses autores têm razão em seu posicionamento. O sigilo bancário é único, mas seus fundamentos podem ser diversos. Assim como tantas e diversas são as teorias que o fundamentam, como a dos usos bancários, dos contratos bancários, da responsabilidade civil (contratual e extracontratual) do banqueiro, da legislação bancária e do segredo profissional.

Há, contudo, duas outras teorias que acabaram por se destacar em termos de fundamentação do sigilo bancário, estando ambas de certo modo vinculadas, como passaremos a expor, mas que possuem origens diferentes: a teoria que enxerga o fundamento do sigilo entre os direitos da personalidade (ou como derivação deles) e a teoria que funda o sigilo no direito à privacidade. Estas teorias se vinculam porque em ambas o segredo bancário insere-se como um direito humano fundamental, sendo, contudo, diferenciadas tendo em vista a existência de autores que entendem que direitos da personalidade não se confundem com direitos humanos.⁷⁹

Para a teoria dos direitos da personalidade, a fundamentação do sigilo bancário encontra respaldo na teoria da responsabilidade civil, estando o direito ao sigilo contido na noção de direitos humanos fundamentais. Segundo essa teoria, por uma análise negativa, o desrespeito a um direito legalmente protegido constitui um ato ilícito e, na ótica da responsabilidade extracontratual, nasce a obrigação civil de reparar eventual dano causado. E o direito ao respeito ao segredo confiado e à intimidade enquadram-se entre os direitos da personalidade, protegidos por lei.

Em termos jurídicos, a personalidade surge dentro de um Estado de Direito, representando a pessoa que possui aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações. Fora do Estado de Direito, e sem a proteção do ordenamento jurídico, a personalidade não existiria e, logo, seus direitos deixariam de ser protegidos, por não mais tutelados pelo Estado. Esta teoria, portanto, pressupõe a existência do Estado e caracteriza o atributo da personalidade em oposição a ele, devendo, portanto, os direitos que a constituem (dentre eles a intimidade) serem protegidos e terem expressas as obrigações que lhe são previstas.⁸⁰

Os direitos da personalidade são aqueles que se identificam com a própria noção da pessoa, tais como a vida, a integridade física, o nome, a honra, a privacidade, a intimidade, etc. São direitos, portanto, classificados como subjetivos, privados, não patrimoniais,

⁷⁹ Silva, Edson Ferreira da. *Direito à Intimidade*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

⁸⁰ Vide, nesse sentido, COSTA Júnior, Paulo José. *O Direito de estar só. A tutela penal do direito à intimidade*. 3ª ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004, p. 62.

oponíveis *erga omnes*, imprescritíveis, intransmissíveis e irrenunciáveis (embora possam ser objeto de disposição, em relação ao exercício da liberdade de negação à sua violação⁸¹). Esses direitos da personalidade, por serem intrínsecos à vida privada, normalmente restam acolhidos e previstos pela legislação infraconstitucional civil de cada país, tendo sido recentemente objeto de disposições mais específicas, tanto na França e em Portugal⁸² como no Brasil, este último observado o conteúdo dos arts. 1º, 11 e 21 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil brasileiro).

Entretanto, ao longo do século XX desenvolveu-se uma tese que, tendo base constitucional, identifica o fundamento jurídico do sigilo na proteção ao direito à privacidade, entendido este como um dos direitos fundamentais do ser humano. Esta teoria é amplamente adotada pela doutrina brasileira e de outros países, mas depende da previsão no ordenamento jurídico nacional para se ver consubstanciada como fundamento do sigilo bancário para um determinado sistema jurídico, sendo válido destacar que, contudo, ela encontra respaldo em tratados e declarações de organismos internacionais.

Como esta é a teoria mais fortemente adotada no Brasil, promoveremos sua análise de forma mais detalhada, inclusive para o fim de identificar as características da estrutura do direito protegido, de seu objeto e de seus limites.

Para tanto, essencial dar um passo atrás e contextualizar o ambiente histórico e as razões que levaram à construção, ao fortalecimento e à proteção dos direitos e garantias fundamentais do ser humano, entre os quais se inclui o direito à privacidade.

2.2.2 A proteção aos direitos e às garantias fundamentais do ser humano

A evolução da história, com seus sucessos e percalços, leva, necessariamente, à evolução do Direito. Nessa linha de pensamento, não se pode entender o modelo atual de ordenamentos jurídicos e constituições sem entenderem-se as origens e os caminhos trilhados pela humanidade e pelos modelos de Estado.

Com base nas teorias de Estado, encontramos nos últimos séculos, desde o início da Revolução Liberal na Europa no século XVIII, três fases de Estados: o Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Democrático de Direito. Ao longo destas duas últimas

⁸¹ MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, Tomo VII, p. 160.

⁸² HAGSTRÖM, Carlos Alberto. Comentários à Lei do Sigilo Bancário. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2009, p. 55-56.

desenvolvem-se, em paralelo e de forma inter-relacionada, os conceitos e garantias dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

O Estado Liberal surge em um momento de enfraquecimento dos regimes monárquicos totalitaristas na Europa, impulsionado pela Revolução Francesa no final do século XVIII e pela Revolução Industrial no início do século XIX. Neste período de efervescência social e inovações industriais, no qual o regime econômico capitalista começa a ganhar forças, o indivíduo é peça fundamental em sua equação, seja na ponta da oferta de mão de obra, seja na de demanda de consumo.

Nesse sentido, reforça-se a figura do indivíduo como um sujeito de direito, garantindo-lhe o direito da liberdade para execução do seu projeto de vida. Há, nesse sentido, uma compatibilização entre o interesse pessoal e o interesse coletivo, o qual, refletido no ordenamento jurídico, resulta em normas gerais e abstratas de um Direito positivo que busca garantir a liberdade, a igualdade e a propriedade. Há ausência de intervenção estatal na esfera econômica, com prevalência da ordem natural, colocando-se nas mãos dos indivíduos a responsabilidade, para o bem ou o mal, pelo seu livre conduto.

As cartas magnas deste período refletiam o viés liberal do Estado em relação à economia, reforçando as proteções patrimoniais, mas não contemplando preocupações de cunho social: pelo contrário, reforçando o individualismo. A proteção ao resguardo das informações dos indivíduos, embora muitas vezes não presente de forma expressa, presumia-se *a contrario sensu*, uma vez que para ser livre e poder defender sua propriedade o indivíduo deveria contar com o sigilo sobre suas riquezas.

Este modelo de Estado, contudo, entrou em crise, especialmente em razão das guerras e excessos da exploração humana verificados no final do século XIX e início do século XX, os quais resultaram no aumento das reivindicações por ideais com forte carga social. Este processo, somado a uma ausência de compromisso do indivíduo com a coletividade que o cerca, resultou por romper o paradigma do Estado Liberal, fazendo aflorar o que se denominou de Estado Social.

O Estado Social caracteriza-se pela redução do abstencionismo estatal em relação ao indivíduo e ao seu projeto de vida, deixando de ser neutro em termos sociais e passando a atuar de modo a ser seu efetivo condutor,⁸³ por meio de disposições norteadoras ao Estado contidas nas constituições sociais.

⁸³ BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 7ª Edição. São Paulo, Malheiros, 2004, p. 186.

Nesse novo contexto, o Estado passa a estender direitos e garantias sociais a todas as camadas sociais, visando maior igualdade de tratamento entre os homens, mas acaba por extirpar do indivíduo a total liberdade econômica anteriormente verificada, subjugando-o e colocando-o sob sua dependência ao concentrar em si o poderio econômico, político e social da época,⁸⁴ principalmente depois da Segunda Guerra Mundial. A livre-concorrência e a livre-iniciativa continuavam protegidas pelo Estado, mas este agora não era mais “*market oriented*”, mas sim “*well fare oriented*” ao visar o bem-estar social dos indivíduos.

Com este movimento de buscar compensar desigualdades de cunho social mediante o reconhecimento e a concessão de direitos sociais, o Estado torna-se garantista, ou seja, um garantidor da situação social do indivíduo, o qual foi alijado dos incentivos liberais para o seu autodesenvolvimento. Sem dúvida um avanço social no sentido de reconhecimento do ser humano como indivíduo que deve ser respeitado e protegido como sujeito de direitos, seja em relação aos demais seja em relação ao próprio Estado, com previsões expressas nos ordenamentos jurídicos.

Em âmbito internacional, um documento marca fortemente o delineamento de como os direitos do ser humano deveriam ser observados e protegidos: a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948, como uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações, e que estabelece, pela primeira vez, a proteção universal dos direitos humanos. Dispõe em seu art. 12: “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra ou reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda pessoa tem direito à proteção da lei.”

Nesse contexto de choque de realidade vivido após a Segunda Guerra Mundial, a sociedade busca, por meio de uma retomada da concepção do Direito Natural, atualizar o conceito de direitos inerentes ao ser humano, afirmar o papel do indivíduo diante do Estado e proteger a noção de dignidade da pessoa humana. Estes conceitos são absorvidos pelos ordenamentos jurídicos nacionais e, em especial, pelas cartas magnas, as quais passam a reconhecer os direitos sociais em papel de destaque, invertendo a relação Estado/indivíduo, passando este a ver reconhecidos seus direitos perante aquele e, como consequência, os deveres que os sujeitos possuem perante o Estado.

Contudo, não tardou para que o Estado do Bem-Estar Social pagasse o preço por tal protecionismo: a partir da década de 1970 começam a surgir problemas relacionados à

⁸⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 5ª Edição. Salvador, Jus-Podivm, 2013, p. 70.

proteção dos direitos sociais, tendo em vista que o indivíduo, ao ser alçado à condição de cliente do Estado, perdeu os incentivos para se autodeterminar e definir seus projetos de vida, passando a exigir do Estado o atendimento aos seus anseios, sem, contudo, observar os deveres que devem ser inatos à condição de cidadão inserido em uma sociedade. Observam-se, nas décadas seguintes, como resultado desse desequilíbrio social e econômico, crises financeiras.

A derrocada do modelo de Estado Social permite o surgimento de novos modelos alternativos, dentre os quais se destacou o do Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito intenta garantir o reconhecimento dos direitos e anseios da sociedade, ao contrário do modelo anterior, no qual a absorção dos direitos sociais pelo Estado resultou na sua atuação como garantidor dos mais necessitados. É uma mudança de visão, mantendo-se a busca e o fortalecimento dos direitos fundamentais conquistados pelo modelo anterior, mas com um enfoque na construção do cidadão como um sujeito de direitos e obrigações inserido na sociedade, propiciando sua participação e manifestação de forma igualitária.

Verifica-se uma nova quebra de paradigma democrático: substituem-se as constituições positivistas e garantistas por constituições idealizadas para serem instituidoras de um sistema de direitos fundamentais instrumentais à própria democracia, com impactos nos três poderes.

Por esta nova concepção, que não se restringe a um sistema de normas positivadas e obrigatórias, fomenta-se a observância da legitimidade do ordenamento jurídico de modo a preservar a autonomia dos indivíduos enquanto sujeitos de direito. Surge, assim, a partir desse novo paradigma constitucional, por um lado, a ideia de autonomia privada relacionada às liberdades subjetivas de ação (que decorre da efetivação do paradigma liberal mediante a adoção dos direitos fundamentais de abstenção estatal) e, por outro, a ideia de autonomia pública, a qual, por sua vez, está intimamente ligada ao direito de participação dos indivíduos no processo de formação do ordenamento jurídico. Por esta construção, os sujeitos tornam-se também autores das normas a que estão submetidos.

O reforço do conceito de “cidadania”, colocando o indivíduo como sujeito de direitos e deveres, permite a construção de uma relação de maior equilíbrio entre Estado e indivíduo, com forte embasamento nos direitos humanos e nos direitos fundamentais.⁸⁵

⁸⁵ A separação entre direitos humanos e direitos fundamentais ocorre no âmbito da positivação: os primeiros encontram-se positivados nos instrumentos de direito internacional, enquanto os segundos são exigíveis no

Cabe tecer alguns comentários e destrinchar o conceito do que viriam a ser os direitos fundamentais, dentre os quais se encontra o direito à privacidade, de grande importância para a conceituação contemporânea do sigilo bancário.

Os denominados direitos fundamentais são direitos público-subjetivos dos indivíduos que, a partir do texto constitucional, possuem a função de limitar o poder estatal exercido em face da liberdade individual (eficácia vertical), bem assim garantir a mesma liberdade entre particulares (eficácia horizontal).

Possuem, em decorrência da sua natureza, duas dimensões: (i) uma subjetiva, com íntima relação com a posição abstencionista do Estado e com o direito do indivíduo de se contrapor ao interesse intervencionista Estatal (raízes na teoria liberal dos direitos fundamentais), observando, ainda, uma conotação positiva de atuação do Estado em prol do indivíduo (proibição de omissão do Estado); e (ii) uma objetiva, que representa a garantia efetivada por tais direitos ao indivíduo independentemente de sua vontade, por meio de normas de competência negativa (liberdades dos indivíduos são extraídas da competência de atuação do Estado independentemente de qualquer provocação do indivíduo).⁸⁶

A dimensão objetiva ainda contempla mais duas facetas: uma sistemática, de eficácia irradiante, pela qual se cria um critério de interpretação e configuração do direito infraconstitucional segundo o qual as normas inferiores àquelas previstas no texto constitucional devem com estas guardar compatibilidade,⁸⁷ e outra restritiva, por meio da qual os titulares dos direitos fundamentais, em benefício de seus próprios interesses, aceitam limitar seus direitos mediante intervenção estatal fundamentada, pressupondo-se nestas hipóteses que o sujeito do direito estará mais bem protegido pelo Estado se deixar de exercer seu direito em determinadas circunstâncias.⁸⁸

Os direitos fundamentais representam valores relativos ao sujeito individualmente considerado, mas também contemplam valores da comunidade, devendo ser respeitados tanto pelo Estado quanto pela sociedade. Assim, não se pode tratar dos direitos sem cuidar dos deveres quando se imagina um Estado Democrático de Direito, no qual os cidadãos

plano interno dos Estados, normalmente previstos nas Constituições nacionais. Para fins do presente trabalho, adotaremos o termo “Direito Fundamentais”, pelo caráter de direito interno e de vinculação constitucional nele observado.

⁸⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 4ª Edição. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 155.

⁸⁷ Os interesses pessoais dos indivíduos podem, por vezes, suplantar a adequada compatibilidade entre os direitos fundamentais previstos na Constituição e as normas de caráter infraconstitucional, como no caso da introdução de legislação infraconstitucional que, embora afronte a privacidade, não se viu questionada pelos indivíduos a que estavam sujeitas (caso FATCA).

⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 266.

devem buscar a proteção do Estado e com ele colaborar na formação de uma sociedade justa, igualitária e democrática.

Os deveres fundamentais, assim como os direitos, possuem como titular o indivíduo, e têm como contraposto o Estado e a sociedade. Esquecidos que foram pela doutrina, relacionam-se com o próprio paradigma do Estado Liberal, uma vez que neste não se propunha a existência de obrigações do indivíduo para com o Estado. Ao contrário dos direitos fundamentais, que têm como principal objetivo proteger o indivíduo, os deveres fundamentais partem do pressuposto de que a manutenção da coletividade e das relações sociais dependem da atuação individual e solidária de cada um, cabendo ao indivíduo empenhar-se em prol do desenvolvimentos e transformação do Estado e da sociedade. Nos termos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em seu art. XXIX, item 1: “Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível”.

Em outro sentido, os deveres fundamentais passam a significar limitações aos próprios direitos fundamentais, seja em relação aos direitos subjetivos de terceiros, seja em relação aos direitos de ordem objetiva, sobretudo em uma sociedade mais democrática e na qual tais direitos estejam previstos adequadamente na ordem jurídica.

Podem ser conexos, ligados materialmente a um determinado direito fundamental (direito-dever), mantendo, contudo, a autonomia do dever, ou ser autônomos, sem relação direta com um direito fundamental, como é o caso, por exemplo, do dever de pagar impostos.⁸⁹

E, embora possa parecer que os deveres fundamentais limitam os direitos fundamentais, não é o que ocorre. Deveres não se confundem com limitações de direitos, em que pese o fato de a limitação poder ser justificada em razão de deveres, baseada na chamada responsabilidade comunitária dos indivíduos,⁹⁰ que insere os valores comunitários como limites aos direitos.

Assim, os direitos fundamentais podem sim ser restringidos, seja em razão dos valores comunitários ou dos deveres fundamentais, havendo, em razão dessa restrição,

⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11ª Edição. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012, p. 229. Interessante observar que o dever de pagar impostos, como dever fundamental, possui como pano de fundo a manutenção do Estado e propicia que este cumpra com suas funções, dentre elas atender as necessidades dos indivíduos e promover a proteção aos seus direitos. Assim, em que pese possa ser considerado um dever autônomo, possui grande imbricação indireta com todos os demais direitos fundamentais.

⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11ª Edição. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012, p. 231.

interferência direta no conteúdo desses direitos. Contudo, não é admissível que haja uma limitação total aos direitos fundamentais, sob pena de restarem tolhidas as garantias e proteções dos indivíduos conquistadas nas últimas décadas. Desse modo, precisa-se ter uma referência de limite que deva ser constantemente observada pelo Estado, um núcleo essencial do direito fundamental que não possa ser violado, um limite para a limitação dos direitos, denominado de “limite dos limites”.⁹¹

Este limite dos limites funda uma teoria segundo a qual os direitos fundamentais não são absolutos, podendo ser relativizados por meio da edição de leis ou adoção de atos administrativos que, fundados em situações em abstrato ou em casos concretos específicos, restringem o direito, sem, contudo, poder ultrapassar determinados limites.⁹² Para tanto, a doutrina estabelece alguns critérios para a identificação destes limites. São eles (i) a proibição de constrição do núcleo essencial de um direito fundamental — critério principal —, o que resultaria em abalo à dignidade da pessoa humana;⁹³ (ii) limitação explícita no texto normativo de modo a resguardar a segurança jurídica; (iii) definição de limitações gerais e abstratas, a fim de evitar constrições casuísticas e arbitrárias; e (iv) obediência ao princípio constitucional da proporcionalidade.

Sem dúvida, uma das maiores dificuldades para o legislador, para o julgador e para o intérprete da norma é sopesar os princípios constitucionais e ponderar adequadamente como eles se sobrepõem ou se complementam, a depender do objeto de análise. Para uma adequada aplicação, no caso, dos limites aos limites do direito fundamenta, essencial se mostra a adoção do princípio da proporcionalidade, conforme nos ensina Baltazar Júnior:

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11ª Edição. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012, p. 232.

⁹² Para parte da doutrina, em razão de disposição expressa prevendo a teoria do limite dos limites no direito brasileiro ela não seria aplicável ao nosso ordenamento jurídico, especialmente porque, se aplicada, poderia trazer risco de avaliações subjetivas à legislação infraconstitucional que regulamenta os direitos fundamentais (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 4ª Edição. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 160-161). Contudo, parcela da doutrina posiciona-se em sentido contrário, entendendo perfeitamente aplicável tal teoria no direito brasileiro para fins de adoção de limites aos direitos fundamentais considerando o núcleo inatacável em cada caso específico (BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília, Brasília Jurídica, 2003, p. 100-104).

⁹³ É relevante apontar que os direitos fundamentais possuem uma gama de diferentes facetas do ser humano que visam resguardar, possuindo fundamentações diversas. Contudo, em sua essência, todas essas facetas possuem correlação com a dignidade da pessoa humana, sendo esta uma dimensão comum aos direitos fundamentais. De outra feita, a dignidade da pessoa humana, base do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, é considerado verdadeiro meta-princípio, irradiando valores e vetores interpretativos para todos os direitos, possuindo carga integradora e hermenêutica não somente em face dos direitos fundamentais, mas também para todo o ordenamento jurídico. Vide, nesse sentido, FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª Edição. Salvador, Jus-Podivm, 2013, p. 360; e SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11ª Edição. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012, p. 80.

[...] então, há necessidade de, em alguns pontos, fazer uma relativização dessa proteção da privacidade. Essa ponderação não pode ser feita de outra forma que não seja por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade. Essa regra constitucional não escrita, a máxima da proporcionalidade — vai nascer, ou ao menos se fortalecer, ou ser trazido do seu âmbito originário, que era o direito administrativo, para o âmbito do direito constitucional, essencialmente depois da Segunda Guerra Mundial, com um novo estado de direito no qual se muda o eixo do pensamento, que era um eixo de legalidade, para um eixo de constitucionalidade.⁹⁴

Mas mesmo que se definam critérios para esta limitação, ela não é de fácil aferição, não havendo consenso acerca de como poderia ela ser concretizada para fins de delimitação da dignidade da pessoa humana. No entanto, há parâmetros mínimos para esta aferição, destacando-se a não instrumentalização do ser humano, a autonomia existencial e o direito ao reconhecimento.⁹⁵

2.2.3 O sigilo, a privacidade e a intimidade

Realizada a digressão acima sobre a evolução dos modelos de Estado e sua simbiótica relação com os direitos fundamentais, bem como sobre a conceituação destes e de seus limites, imperioso que seja retomado o curso da análise do sigilo bancário. As teorias jurídicas mais recentes abordam o sigilo bancário como uma garantia (ou melhor, como uma faculdade de um direito, conforme será abordado no próximo tópico) inerente ao indivíduo (e, hoje, nos termos da Constituição Federal brasileira de 1988, considerado não apenas a pessoa humana, mas também a pessoa jurídica), decorrente do direito à privacidade, do direito à proteção do que não é público e, portanto, não está à disposição para o Estado e para terceiros na sociedade.

O direito à privacidade seria, assim, um direito fundamental porque resguarda a dignidade da pessoa humana, ao permitir que esta tenha o direito à liberdade de restringir o acesso a sua vida privada, em oposição à faceta pública daquilo que pertence ou é afeto ao Estado.

⁹⁴ BALTAZAR Júnior, José Paulo. “Considerações sobre o Sigilo Bancário”. Revista Brasileira de Ciências Criminas n. 36, p. 120.

⁹⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 5ª Edição. Salvador, Jus-Podivm, 2013, p. 362.

A privacidade surge, nos moldes atuais, quando da introdução do conceito de “social” à dicotomia entre o público e o privado. Por não haver mais apenas uma noção do que seria “comum” e do que seria “privado”, precisava-se introduzir os limites entre o Estado e a sociedade e entre a sociedade e o indivíduo, dicotomias estas que estão na raiz dos direitos fundamentais. A sociedade, representada pelo mercado, passou a exigir do Estado garantias de interesse público para fins de condução da atividade econômica (livre concorrência, propriedade privada dos bens de produção), independentemente das ações governamentais (políticas), e, por seu turno, o indivíduo precisou ver garantida a proteção à sua privacidade, em face da sociedade e do mercado (coletividade) e do próprio Estado.⁹⁶

Cada uma dessas esferas (público-político, social-privado e individualidade privativa) é regida por um grupo próprio de princípios (a saber, respectivamente, transparência e igualdade, diferenciação — no sentido de ser diferente — e exclusividade). Esta última, a exclusividade, tem por escopo assegurar ao indivíduo a sua identidade, a sua existência individualizada e própria perante as pressões externas, sejam sociais ou do próprio Estado, possuindo três principais atributos: a solidão (desejo de estar só), o segredo (do qual decorre o sigilo) e a autonomia (liberdade de decidir sobre si mesmo como centro emanador de decisão).⁹⁷

A privacidade, suportada pelo princípio da exclusividade, admitiria uma gradação, uma vez que não é homogêneo o direito de privação (e, portanto, de manter algo exclusivo) de todos os atos e informações verificados na vida privada de um indivíduo. E, neste sentido, a privacidade comportaria um núcleo mais denso e intransponível, que seria a intimidade, sendo tarefa árdua definir nitidamente a distinção entre dois conceitos,⁹⁸ bem como seus contornos, limites, conteúdos e dimensão do que deve ser tutelado, em especial porque tratam-se de conceitos mutáveis no tempo e nas diferentes localidades (ou ordenamentos).⁹⁹

⁹⁶ FERRAZ Júnior, Tércio Sampaio Ferraz. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 88, 1993, p. 441.

⁹⁷ FERRAZ Júnior, Tércio Sampaio Ferraz. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 88, 1993, p. 441-442. Para Alan Westin, a “intimidade” também deveria compor com os demais atributos da exclusividade considerados por Tércio, conforme citado em (HAGSTRÖM, p. 60). Este autor entendia a privacidade como “a pretensão do indivíduo, grupos ou instituições de decidir por si, quando, como e até que ponto uma informação sobre eles pode ser comunicada a outrem”, in WALD, Arnoldo. “O sigilo bancário no projeto de lei complementar do Sistema Financeiro e na Lei Complementar n. 70”. *Revista de Informação Legislativa*, n. 116.

⁹⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25a Edição. São Paulo, Malheiros, 2005, p. 207.

⁹⁹ Silva, Edson Ferreira da. *Direito à Intimidade*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

Embora parte da doutrina adote de forma indistinta os termos “privacidade” e “intimidade”, por entender que os conceitos são coincidentes entre si,¹⁰⁰ a parcela dominante da doutrina entende haver conceitos diferentes a serem apontados. Para Tércio Ferraz, José Afonso da Silva e Alexandre de Moraes, o direito à privacidade, à vida privada, comporta conteúdo mais amplo do que o direito à intimidade, restando este último como o núcleo mais íntimo e recluso do indivíduo quando contrastado com o restante de sua vida privada, mais genérica e ampla.¹⁰¹ Contudo, vida privada e intimidade estão sempre resguardados pela privacidade que as protege das intromissões indevidas de terceiros e do Estado.

Importante citar também a doutrina alemã dos círculos concêntricos, a qual entende haver um círculo maior, externo, correspondente à esfera da privacidade; um círculo intermediário, correspondente à esfera da intimidade e da confiança; e um círculo menor, relativo à esfera do segredo. Por essa doutrina, os círculos se distinguem pelo grau de exclusividade, ou seja, pela privação de terceiros em acessar as informações e fatos pertencentes apenas à privacidade do cidadão, sendo tanto maior a exclusividade quanto mais próximo se chegar do núcleo desses círculos.¹⁰²

Além disso, esta doutrina permite observar um interessante racional: em que pese haver gradação quanto ao grau de proteção da privacidade, não se pressupõe haver um círculo da esfera pública que intersecte os círculos da privacidade, justamente porque a premissa a ser garantida é a de que tudo o que é privado (contendo aqui a noção de íntimo) não deveria ser tornado público. Mas a premissa é justamente a de que “não deveria”, e não de que “não pode” se tornar público, justamente porque há situações específicas nas quais, garantindo-se a intransponibilidade do núcleo do direito fundamental (que é a dignidade da pessoa humana), ocorre a relativização da proteção à privacidade para o atendimento de interesses públicos.

Assim, no âmago da privacidade encontra-se a intimidade, a sua parte mais resguardada e exclusiva, que não exige publicidade por não envolver o direito de terceiros, sejam eles privados ou públicos. À exceção do direito à intimidade, os demais direitos da privacidade demarcam a individualidade em face dos outros, de terceiros. A existência de proteção de um direito à individualidade só se mostra necessária porque sempre há o

¹⁰⁰ Cretella Jr. Comentários à Constituição de 1988, 3ª Edição, v. I, p. 257.

¹⁰¹ HAGSTRÖM, Carlos Alberto. Comentários à Lei do Sigilo Bancário. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2009, p. 59.

¹⁰² BALTAZAR Júnior, José Paulo. “Considerações sobre o Sigilo Bancário”. Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 36, p. 118.

pressuposto do outro, de um terceiro, a quem o direito é oposto e protegido pelo conteúdo que lhe é garantido.

Para Baltazar Júnior

“um modo de tentar apontar uma distinção entre intimidade e privacidade seria dizer o que não compõe a intimidade. Então, dentro da privacidade, nós temos, além da intimidade, o nome, a imagem e a reputação, que são exclusivos, são próprios do cidadão, mas se desenvolvem perante os outros. Quer dizer, o meu nome faz parte da minha privacidade, a minha imagem faz parte da minha privacidade, mas de nada me serve um nome só para mim. Esse nome, embora privado, necessariamente se desenvolve perante os outros. O mesmo vale em relação à imagem”.¹⁰³

E, em decorrência do pressuposto da existência de um terceiro (Estado ou indivíduo), faz-se necessário também presumir a comunicação entre os indivíduos, bem assim o direito ao resguardo de que determinadas informações não sejam comunicadas, prestadas, retiradas do âmbito de privacidade do indivíduo. Daí a existência do direito à privacidade, o qual admite, contudo, gradações, decorrentes de aplicações diversas do princípio da exclusividade a cada um dos diferentes objetos do direito à privacidade (diferentes graus de exclusividade com diferentes gradações ao direito de privacidade).

Para Tércio Ferraz, a intimidade reflete o atributo da solidão do princípio da exclusividade, ao passo que a vida privada reflete o atributo do segredo, uma vez que, ao mesmo tempo que pressupõe a convivência e a comunicação com terceiros, visa excluir da esfera da sociedade o acesso às informações que não se quer compartilhar, protegendo-as. É uma escolha do indivíduo compartilhar tais informações. Por seu turno, honra e imagem têm, necessariamente, sentido comunicacional, envolvendo a relação entre indivíduo e sociedade, verificando-se precipuamente o atributo da autonomia da exclusividade. Assim, embora graduando-se a depender do objeto, “o princípio da exclusividade tem, perante todos, um mesmo propósito: a integridade moral do indivíduo, aquilo que faz de cada um o que é e, desta forma, lhe permite inserir-se, na vida social e na vida pública”.¹⁰⁴

A privacidade, assim, sob a égide do princípio da exclusividade, pressupõe a existência de um núcleo de intimidade, bem como a gradação em relação aos objetos protegidos e a existência de comunicação e convívio com terceiros, sendo tal princípio existente unicamente porque vivemos em coletividade e é necessário resguardar, à escolha

¹⁰³ BALTAZAR Júnior, José Paulo. “Considerações sobre o Sigilo Bancário”. Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 36, p. 120.

¹⁰⁴ FERRAZ Júnior, Tércio Sampaio Ferraz. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 88, 1993, p. 443.

do indivíduo, a sua liberdade em escolher por compartilhar fatos de sua vida privada e suas informações, observados os limites, de um lado decorrentes de interesses públicos e da sociedade, e de outro decorrentes do núcleo da dignidade da pessoa humana.

É digno de nota salientar que privacidade não se confunde com o direito a ela. A privacidade é conceito de cunho social, denotando a liberdade que cada indivíduo possui contra intromissão não autorizada; é a condição de ser deixado só e apto a conservar certos assuntos pessoais para si próprio. Já o direito à privacidade corresponde ao direito garantido pela ordem jurídica, mas de cunho subjetivo do indivíduo, de poder agir de forma livre contra intromissões em sua vida privada.

Pode-se considerar que o direito à privacidade possui um caráter negativo, de garantia, quando é visto como “um direito de exclusão do conhecimento alheio ou da ingerência de terceiros de tudo aquilo que o indivíduo considere que só a ele diz respeito”,¹⁰⁵ ao passo que tal direito também contém uma carga positiva, quando analisado sob o prisma ativo do controle do fluxo de informações que afeta cada um dos indivíduos. Neste sentido de exercício de um direito, o indivíduo atua de forma positiva controlando as informações que são deslocadas de sua esfera de privacidade para um âmbito externo, ainda que não-público, atuando em nome de uma liberdade positiva.¹⁰⁶

Mas como o direito à privacidade, seu núcleo de intimidade, e demais construções históricas e de defesa dos direitos fundamentais se conectam para fins de conceituação do sigilo bancário? É o que será exposto na próxima seção deste trabalho, quando será pormenorizada a estrutura do direito à privacidade e sua interação com o sigilo bancário, iniciando-se também a construção, em paralelo, sobre a relevância do sigilo bancário, mas dentro dos limites próprios do atual momento do Estado Democrático de Direito e da sociedade em que vivemos.

2.3 definições, objetos e limites do sigilo e do direito à privacidade

O sigilo encontra na privacidade, desde antes da introdução dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, a justificativa para a sua existência. Contudo, e

¹⁰⁵ HAGSTRÖM, Carlos Alberto. Comentários à Lei do Sigilo Bancário. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editora, 2009, p. 65.

¹⁰⁶ “*Quer-nos parecer, entretanto, que, como o direito à intimidade provém da liberdade, é esta que é inata, enquanto direito da personalidade. O direito de algum poder recolher-se à soledade, pois, nada mais é que um efeito do exercício da liberdade, consistente em fazer ou deixar de fazer*”. COSTA Júnior, Paulo José da. O Direito de Estar Só. A tutela penal do direito à intimidade. 3ª. ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004, p. 62

conforme será exposto adiante, ambos se locupletam para fins de criação da estrutura do direito à privacidade. E desse direito decorre também o sigilo bancário.

Os doutrinadores buscam, cada qual com suas visões próprias, definir as características do que venha a ser o sigilo bancário. Para Covello, seria a “obrigação que têm os Bancos de não revelar, salvo justa causa, as informações que venham a obter em virtude de sua atividade profissional”.¹⁰⁷ Desta definição, Covello extrai a natureza jurídica do sigilo bancário: “obrigação jurídica, quer dizer, vínculo pelo qual o Banco fica sujeito a cumprir uma prestação em proveito de outrem”. Seria, nesse sentido, uma obrigação de não fazer, por tempo indeterminado, oponível *erga omnes* (que “não se extingue com a operação ou negócio que realiza o cliente nem sequer com a desvinculação deste da entidade”).

Já para Baltazar Júnior, o sigilo bancário está contido no direito à privacidade, o qual, por sua vez, poderia ser definido

como um direito subjetivo fundamental, emanado do direito de personalidade, que tem como sujeito qualquer pessoa física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, que resida ou transite no Brasil, que tem como conteúdo constringer os demais ao respeito, ao que é próprio ao cidadão, ao que é privado ao cidadão, e como objeto a integridade moral do cidadão [sendo certo que tal direito] emana da proteção conferida à dignidade da pessoa humana [e] tem duas dimensões, uma negativa, de um círculo alheio a ingerências externa, dentro do qual pode o cidadão obrar livremente, e uma dimensão positiva, a permitir o livre desenvolvimento da personalidade do cidadão [...].¹⁰⁸

Segundo Arnaldo Wald,¹⁰⁹ o sigilo bancário é uma obrigação de discricção imposta aos bancos e a todos os seus funcionários, devendo manter sob sigilo todas as transações bancárias realizadas pelos seus clientes, incluindo as movimentações passadas e presentes, tais como cadastros, a abertura e o fechamento das contas e demais transações bancárias.

Para Luciana Fregadolli,

o sigilo bancário protege interesses privados. É ele espécie de direito à privacidade, inerente à personalidade das pessoas e que [...] apenas o Poder Judiciário, por um de seus órgãos, pode eximir as instituições financeiras do dever de segredo em relação às matérias arroladas em lei.¹¹⁰

¹⁰⁷ COVELLO, Sérgio Carlos. O Sigilo Bancário como Proteção à Intimidade. Dissertação de Doutorado em Direito Comercial apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1989, p. 83.

¹⁰⁸ BALTAZAR Júnior, José Paulo. “Considerações sobre o Sigilo Bancário”. Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 36, p. 115.

¹⁰⁹ WALD, Arnaldo. O sigilo bancário frente à administração tributária, 2000, p. 176.

¹¹⁰ FREGADOLLI, Luciana. O Direito à intimidade. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 19, p.233-237.

Todas essas definições, contudo, não esclarecem perfeitamente como o sigilo (aqui considerado de forma abrangente, não apenas o bancário, para que seja possível capturar a sua natureza) e o direito à privacidade se amoldam. Esta construção, contudo, é muito bem estruturada por Tércio Sampaio Ferraz Júnior.¹¹¹ Para Tércio Ferraz, “a inviolabilidade do sigilo de dados é correlata ao direito fundamental à privacidade”, estando em questão “o direito de o indivíduo excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ele só é pertinente e que diz respeito ao modo de ser exclusivo no âmbito de sua vida privada”.¹¹²

Sendo sigilo e privacidade correlatos, Tércio Ferraz desenvolve seu raciocínio no sentido de caracterizar a privacidade como “um direito subjetivo fundamental”, com sujeito, objeto e conteúdo, sendo (i) o sujeito o titular do direito, seja ele pessoa física ou jurídica; (ii) o conteúdo “a faculdade específica atribuída ao sujeito, que pode ser a faculdade de constringer os outros ou de restringir-lhes (caso dos direitos pessoais) ou de dispor, gozar, usufruir (caso dos direitos reais)” — demonstrando claramente a presença da dimensão positiva e negativa da liberdade contida nesse direito, considerada, especificamente para fins do direito à privacidade, “a faculdade de constringer os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por dizerem a ele só respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão” —; e (iii) o objeto, o bem protegido — no caso do direito à privacidade, correspondendo à “integridade moral do sujeito”.¹¹³

Nessa linha de raciocínio, é uma escolha do indivíduo compartilhar informações afetas à sua vida privada, e o princípio da exclusividade, que rege a privacidade, permite a cada indivíduo resguardar o núcleo de sua intimidade e as demais informações que lhe permitem manter sua integridade moral e inserir-se na vida social e na vida pública.

Compartilhando visão de Pontes de Miranda, Tércio Ferraz entende que há “um direito fundamental de negação, uma liberdade de negação” de comunicação do pensamento, sendo este o objeto do direito, o bem protegido (pertencente a uma esfera de privacidade do indivíduo). O conteúdo, a faculdade atribuída ao sujeito, é a faculdade de resistir ao devassamento, isto é, de manter o sigilo. Nesse sentido, o “sigilo não é o bem protegido, não

¹¹¹ FERRAZ Júnior, Tércio Sampaio Ferraz. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 88, 1993, p. 439-459.

¹¹² FERRAZ Júnior, Tércio Sampaio Ferraz. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 88, 1993, p. 439.

¹¹³ FERRAZ Júnior, Tércio Sampaio Ferraz. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 88, 1993, p. 440.

é o objeto do direito fundamental. Diz respeito à faculdade de agir (manter sigilo, resistir ao devassamento), conteúdo estrutural do direito”.¹¹⁴

Assim, em todas as hipóteses nas quais o ordenamento jurídico prevê o sigilo, este sempre atua como conteúdo ou faculdade de um direito fundamental individual (que pode ser tanto de um indivíduo como de um Estado ou mesmo da sociedade), mas nunca como seu objeto. O sigilo, ou melhor, a faculdade de se manter sigilo, varia de acordo com o interesse que se visa proteger (respeito às informações privadas e interesse da sociedade ou do Estado, por exemplo), sendo o objeto também mutável (liberdade de “negação” e segurança coletiva, respectivamente).

O sigilo, a faculdade de resistir ao devassamento, é o conteúdo estrutural de um direito fundamental, mas não é um fim em si, uma vez que indissociável do direito fundamental. É o sigilo um instrumento fundamental, cuja essência é a assessoriedade. A sua inviolabilidade garante diferentes objetos, como o indivíduo e sua privacidade (não é faculdade exclusiva da privacidade), a privacidade de terceiros, a segurança da sociedade e do Estado, além de garantir, no âmbito da privacidade, a confidência realizada a profissional em razão de seu ofício. “Mas não acoberta a ilegalidade perpetrada no âmbito da privacidade e da qual alguém, sem violência física ou mental, tem notícia.”¹¹⁵

A inviolabilidade do sigilo (que não é faculdade exclusiva da privacidade) é condição, mas não é causa, do direito fundamental à privacidade. O direito à privacidade é um fundamento em si mesmo, e só se limita pela privacidade de outro indivíduo (da mesma forma que a liberdade de um só encontra limite na liberdade do outro).

O mesmo não ocorre com a inviolabilidade do sigilo, que, por ser um instrumento, deve ter sua avaliação ponderada pelos fins, nos termos da teoria do sopesamento da dogmática constitucional alemã.

Dessa forma, e em que pese o direito à privacidade ser preservado, o direito à inviolabilidade do sigilo (condição estrutural, faculdade do direito) pode ser limitado pelo núcleo da intimidade de terceiros, pelo interesse público ou coletivo, ou pela segurança da sociedade e do Estado, sendo primordial o sopesamento, com base no princípio da proporcionalidade, entre princípios constitucionais que ponderem entre os interesses do indivíduo, da sociedade e do Estado (objeto do direito) para se verificar o direito à

¹¹⁴ FERRAZ Júnior, Tércio Sampaio Ferraz. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 88, 1993, p. 443.

¹¹⁵ FERRAZ Júnior, Tércio Sampaio Ferraz. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 88, 1993, p. 445.

inviolabilidade do sigilo. Esse sopesamento pode levar à identificação do direito ao sigilo ou do dever de sigilo.

Tudo isso mostra, em síntese, que quando a Constituição garante a inviolabilidade do sigilo, o princípio do sopesamento exige que o intérprete saiba distinguir entre o devassamento que fere o direito à privacidade, no seu objeto, em relação com outros objetos de outros direitos também protegidos pelo sigilo.¹¹⁶

Em outras palavras, especificamente no que afeta o acesso pelo fisco das informações bancárias, não se está alijando do indivíduo sua privacidade, mas apenas avançando no limite necessário para defesa dos interesses coletivos (que pode ser tanto a proteção do sistema financeiro, a arrecadação e manutenção do Estado e a busca pela eficiência do sistema tributário). Não haveria, portanto, afronta a direito fundamental nem à faculdade de proteção desse direito.

Uma análise que também precisa ser realizada remonta à relação entre instituições financeiras e clientes e como o sigilo bancário e o direito à privacidade se caracterizam e se amoldam nessa relação. Para Hagström e Cobello, o sigilo bancário decorre de uma obrigação jurídica entre as instituições financeiras e seus clientes.

Já no entendimento de Ideval Inácio de Paula, o sigilo bancário pode ser visto por duas óticas diferentes, sendo uma do cliente e a outra das instituições financeiras (bancos). Segundo ele, fica

evidente que o sigilo bancário possui dois ângulos diferentes: para o cliente, trata-se de um direito ao segredo sobre dados que lhe são concernentes; para o banco, corresponde a uma obrigação de segredo a respeito dessas informações que detém, e que foram obtidas no desempenho de suas atividades.¹¹⁷

Tendo em vista a relação de confiança existente entre instituições financeiras e clientes, aquelas possuem o interesse de manter resguardadas as informações de sua clientela para demonstrar segurança e discrição no trato dessas informações. No entanto, em relação

¹¹⁶ FERRAZ Júnior, Tércio Sampaio Ferraz. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 88, 1993, p. 445-446. Complementa o emérito professor, ainda, que, deve ficar clara a distinção entre “a faculdade de manter sigilo e a liberdade de omitir informação, este, objeto correlato ao da privacidade”, e que deve ser entendido que a faculdade de manter sigilo “não é uma faculdade absoluta, pois compõe, com diferentes objetos, diferentes direitos subjetivos, exigindo do intérprete o devido temperamento”.

¹¹⁷ PAULA, Ideval Inácio de. O sigilo bancário sob o aspecto constitucional: direito e garantias individuais — limitação ao direito individual, jun. 2000, p. 30.

à legitimidade para defesa da privacidade de terceiros, seus clientes, há duas linhas de raciocínio.

A primeira dispõe que as instituições financeiras não possuem, a menos que expressamente previsto em lei, tal legitimidade. Isso porque, conceitualmente, o sujeito de direitos é o cliente, o indivíduo cuja privacidade deve ser tutelada pelo Estado e a quem compete se utilizar da faculdade de proteção desse direito, por meio do direito de negação. As instituições financeiras, no entanto, sob uma análise dos direitos fundamentais, não teriam o dever de proteção dessas informações, mas sob uma ótica de uma relação comercial, na qual a instituição financeira possui o dever de resguardar em segredo tal informação, poder-se-ia falar em responsabilidade civil, com eventual apuração de perdas e danos em caso de danos causados ao cliente.

Por seu turno, há que se ponderar que, em oposição ao direito de privacidade dos clientes e, portanto, de negação ao acesso de terceiros às suas informações, contrapõem-se o dever de resguardo dessas informações privadas quando em posse de terceiros. Não se afasta, aqui, a responsabilidade civil da instituição financeira, mas altera-se o fundamento de seu dever: antes, baseado no segredo pela atividade praticada, e, aqui, fundado no dever que surge pela prática de atividade que resulta no acesso e guarda de informações que devem ser mantidas protegidas do acesso de terceiros. O que reforça esta interpretação é o fato de que as informações bancárias consideradas sigilosas são de conhecimento dos bancos em razão da atividade por eles praticadas, mas não podem simplesmente ser devolvidas aos clientes e ficam sob guarda destes: a estrutura do sistema financeiro demanda que as instituições financeiras concentrem e guardem essas informações consigo, devendo protegê-las dos olhos de terceiros.

Essencial para o desenrolar do estudo a desconstrução do conceito histórico e jurídico de sigilo bancário e privacidade aqui promovidos, em seus diferentes elementos, pressupostos e racionais, a fim de que se possa, a partir deste ponto, considerá-los não apenas em sua unidade, mas também em suas diferentes facetas.

Assim, e para entender como o direito à privacidade e a sua proteção por meio do sigilo foram introduzidos nos diversos ordenamentos jurídicos e como se comportam no ordenamento jurídico brasileiro, passaremos a analisar a absorção desses conceitos pelos ordenamentos constitucionais e como se desdobrou sua construção nas normas infraconstitucionais.

2.4 Previsão constitucional da proteção da privacidade e do sigilo bancário

É antiga a preocupação com a intimidade do indivíduo, e seu nascimento e início de evolução remontam ao surgimento da proteção ao domicílio do indivíduo,¹¹⁸ no início do período conhecido como Revolução Liberal.

Contudo, conforme anteriormente citado, a relevância jurídica do direito à privacidade somente iniciou-se com o fim da Segunda Guerra Mundial, especialmente com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas, de 1948, e disposições nela contidas (art. 12) acerca da proteção do indivíduo à sua vida privada, à sua família, ao seu domicílio, à sua correspondência, à sua honra e reputação. Posteriormente, seguiram-se outros acordos internacionais, que continham disposições análogas de proteção à vida privada e demais direitos correlatos.¹¹⁹

E, uma vez consolidados internacionalmente, os princípios de proteção dos direitos fundamentais, bem como a proteção específica a tais direitos, incluindo o direito à privacidade e sua efetivação proteção legal, passaram por um processo de reconhecimento pelo ordenamento constitucional dos Estados, passando a serem previstos nas constituições (agora com um caráter garantista).¹²⁰

A partir desse reconhecimento, doutrina e jurisprudência de diferentes países passaram a formular entendimento segundo o qual residiria no mandamento constitucional de proteção à privacidade o fundamento ao sigilo bancário, uma vez que, considerando que o direito à privacidade possuiria caráter geral, englobando diferentes aspectos da vida privada, dentre os quais aqueles relativos à ordem econômico-financeira, deveria ser protegido também o direito à privacidade econômica e patrimonial.

Em sentido contrário a esse entendimento, podemos citar decisão do Tribunal Constitucional da Itália,¹²¹ o qual entendeu que ao dever de discricção dos bancos não corresponde um direito subjetivo do cliente, constitucionalmente protegido. Em seu entendimento, e considerando a legislação e jurisprudência pátrias, o Tribunal ponderou que

¹¹⁸ HAGSTRÖM, Carlos Alberto. Comentários à Lei do Sigilo Bancário. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editora, 2009, p. 71.

¹¹⁹ Entre os quais destacam-se a Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950), o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (1966), a Conferência Nórdica Sobre o Direito à Intimidade (1967) e a Convenção Americana dos Direitos Humanos (1969) (também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, tendo o Brasil ratificado e publicado internamente, por meio de Decreto, o último a antepenúltimo acordos.

¹²⁰ Pode-se citar como exemplos as Constituições de Portugal (1976), da Rússia (1977), da Espanha (1978), da Holanda (1983) e do Brasil (1988), conforme HAGSTRÖM, Carlos Alberto. Comentários à Lei do Sigilo Bancário. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editora, 2009, p. 74.

¹²¹ Sentença 3-18 de fevereiro de 1992, n. 51.

na base do segredo bancário não estão contidos valores da pessoa humana que precisam ser tutelados, mas sim interesses das instituições financeiras e interesses patrimoniais dos indivíduos, os quais não estariam sujeitos à proteção própria dos direitos e garantias fundamentais.

Há autores que entendem que a ausência de proteção à privacidade das informações bancárias, mesmo que parcial, pode gerar efeitos econômicos danosos. Isso porque, conforme explorado anteriormente, a proteção à informação bancária pode ser entendida pelos participantes e investidores de um mercado como um instrumento de tutela da economia, ao não se permitir que terceiros, em especial o Estado, tenham conhecimento sobre informações dos investidores.

Esta proteção ao resguardo da informação significaria, por este racional, uma proteção à poupança nacional de cada país, e o ataque à primeira poderia representar uma fragilidade à manutenção da segunda, ainda mais em uma época na qual os capitais são internacionais e sua migração entre países tornou-se corriqueira. Quando se fala de proteção à privacidade das informações bancárias dos indivíduos intenta-se proteger a privacidade da sua posição econômica e financeira, a qual pode ser entendida como pertencente ao núcleo essencial da privacidade, a intimidade dos indivíduos. Intentar, portanto, a aplicação de princípio da transparência¹²² a essas informações para fins da administração tributária pode desencorajar investimentos e favorecer a transferência de recursos para o exterior.¹²³

Pelos mesmos fundamentos de proteção à economia e à formação da poupança de um país cabe, entretanto, desenvolver-se raciocínio em sentido contrário. Isso porque o Estado, considerado em sua acepção contemporânea democrática e pautado pelo Direito, deve guiar-se pelo princípio da legalidade e da igualdade, garantindo aos indivíduos o direito à sua dignidade e defendendo a sobrevalência do ordenamento jurídico. Para tanto, a fim de atingir suas finalidades, dentre elas regular e supervisionar os mercados e atuar no limite da necessidade junto à economia por meio das políticas monetária, creditícia e fiscal, o Estado precisa financiar sua atividade, o que se mostra possível por meio de receitas públicas, que podem ser, em linha com seu principal critério de classificação, originárias e derivadas.

¹²² O princípio da transparência da posição econômica e financeira dos contribuintes perante a administração tributária encontra, todavia, limites, sendo um deles o acesso pelo fisco apenas às informações necessárias para atividade fiscalizadora, não correspondendo a transparência, neste sentido, a uma devassa na vida privada do investidor, caso contrário se estaria adentrando o núcleo essencial da privacidade, resguardado pelo sigilo constitucional.

¹²³ Gianfelici, Enrico. *Il segreto bancario*. p. 15-16, apud HAGSTRÖM, p. 76.

No Direito positivo brasileiro, receitas públicas são quaisquer ingressos de dinheiro nos cofres públicos, para que o Estado (pessoas jurídicas de Direito Público) atenda às suas finalidades, ou seja, satisfaça as necessidades públicas, isto é, aquelas necessidades escolhidas politicamente para serem satisfeitas, em atendimento às previsões constitucionais e legais. Segundo Ricardo Lobo Tôrres “receita pública é a soma de dinheiro percebido pelo Estado para fazer face à realização de gastos públicos” e, para Celso Ribeiro Bastos, “receita é todo ingresso de dinheiro nos cofres de uma pessoa de direito público”.¹²⁴

Especificamente, as receitas públicas derivadas são as obtidas sob o regime de Direito Público, usando o Estado o seu poder de império, retirando coercitivamente dos seus administrados os recursos necessários para a consecução dos seus fins. Dividem-se em tributos (impostos, taxa, contribuição de melhoria — CF, art. 145 —, empréstimos compulsórios — CF, art. 148 — e contribuições especiais ou parafiscais — CF, arts. 149, 177, § 4º, 195, 239 e 240), penalidades pecuniárias (multas) confiscos e reparações de guerra (indenizações). Dentre essas, destaca-se como principal fonte de recursos públicos a receita derivada da espécie tributo,¹²⁵ gravame cuja competência exclusiva para a sua instituição é dos entes da Federação.

Nesse sentido, o Estado precisa arrecadar os tributos que lhe são devidos em razão da subsunção dos fatos da vida à norma de incidência tributária, constituindo-se a partir daí uma relação jurídica de Direito Público pela qual o sujeito passivo (contribuinte), em razão dos comandos prescritivos da norma tributária, deve efetuar o pagamento do tributo ao Estado.

Todavia, como visto anteriormente, a mera subsunção do fato à norma não garante ao Estado que o contribuinte comportar-se-á de acordo com o que determina o descritor da regra de incidência, devendo o Estado, portanto, buscar pelos meios legais possíveis resguardar-se de eventual falta por parte dos contribuintes, o que se dá por meio de seu poder de polícia e da aplicação de penalidades aos contribuintes faltosos, uma vez verificada a ausência de recolhimento de tributos lançados e devidos.

Mas, para isso, o Estado precisa aparelhar-se do ferramental necessário à identificação das falhas no cumprimento da legislação tributária, especialmente relacionadas

¹²⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Tratado de direito financeiro. Vol. 2 / Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Mendes e Carlos Valder do Nascimento. — São Paulo: Saraiva, 2013, p. 7, 11 a 13.

¹²⁵ O art. 9º da lei n. 4.320/64 conceitua tributo como sendo “a receita derivada instituída pelas entidades de direito público, compreendendo os impostos, as taxas, e contribuições nos termos da Constituição e das leis vigentes em matéria financeira, destinando-se o seu produto ao custeio de atividades gerais ou específicas exercidas por essas entidades”.

ao não recolhimento ou recolhimento em montante inferior ao devido caso se houvesse apurado adequadamente a base de cálculo do tributo. E, para o exercício dessa atividade fiscalizadora, faz-se necessário o acesso a informações dos contribuintes que permitam aferir a adequação das bases de cálculo consideradas (em decorrência dos diferentes tipos de lançamento) e a respectiva arrecadação dos tributos devidos. Estas informações podem ser das mais diferentes naturezas, a depender do tributo e do fato gerador considerados, estando entre elas as informações bancárias, necessárias para a apuração da base de cálculo do imposto de renda das aplicações financeiras, incluindo as operações de renda variável em mercados organizados de bolsa e liquidação futura em balcão organizado.

Portanto, em observância ao princípio da manutenção do Estado, que garante (ou deveria garantir), em última instância, o funcionamento mais eficiente dos mercados e da economia, também poder-se-ia justificar o acesso às informações bancárias dos contribuintes pela administração tributária.

Nota-se que em especial o Tribunal Constitucional, nas primeiras decisões sobre a matéria, em 1983 e 1984, em que pese não seguirem o mesmo raciocínio que as cortes espanholas, restou por entender que a prestação de informações sobre movimentação financeira dos contribuintes à administração tributária não afronta a privacidade, ou, como utilizado nos julgados, a intimidade em sentido amplo. A legislação espanhola não possuía, à época dos fatos, normas legais explícitas sobre o sigilo bancário que poderiam servir para fundamentar a possibilidade ou a impossibilidade de acesso às referidas informações bancárias, resultando na necessária interpretação da norma constitucional que se vinculava ao direito à privacidade.¹²⁶

As decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional, depois de algumas idas e vindas nas decisões das cortes inferiores, reconheceram a existência de um direito geral à intimidade, no qual compreendem-se também uma esfera patrimonial e econômica (na qual estaria contida a movimentação bancária), sendo certo, entretanto, que o direito à intimidade não é absoluto, comportando exceções e limitações.¹²⁷

É de importância para o presente trabalho a análise dessas decisões porque nelas foram discutidas questões que se mostram presentes para fins de interpretação da legislação brasileira atinente ao sigilo bancário, conforme se verá adiante, tais como (i) a possibilidade

¹²⁶ HAGSTRÖM, Carlos Alberto. Comentários à Lei do Sigilo Bancário. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editora, 2009, p. 77-86.

¹²⁷ HAGSTRÖM, Carlos Alberto. Comentários à Lei do Sigilo Bancário. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editora, 2009, p. 81.

de se argumentar que o acesso a movimentações financeiras invade o núcleo da privacidade, qual seja, a intimidade; (ii) o reconhecimento da privacidade (intimidade, no texto original) como um direito não absoluto; (iii) o reconhecimento de um limite além do qual não se pode avançar no direito à privacidade; (iv) o reconhecimento de que as informações de movimentação bancária, bem assim informações das esferas econômica e patrimonial do indivíduo, estariam aquém da delimitação da intimidade, podendo ser acessadas pela administração tributária; (v) o reconhecimento de que o direito à intimidade e o direito ao sigilo não se confundem; (vi) o reconhecimento de que os limites do sigilo bancário são mais abrangentes que os da intimidade, uma vez que, numa relação instituição financeira-cliente, a intimidade só envolve o cliente, enquanto que o sigilo atinge também a esfera de direitos e obrigações das instituições financeiras; (vii) a insuficiência de um critério que delimite com precisão o núcleo da privacidade e permita proteger a intimidade em sentido estrito, de modo a encontrar um limite eficaz para a ação de terceiros e do Estado (ao se reconhecer que o direito à intimidade em sentido amplo é relativo, deve-se aceitar que ele pode ser restringido por interesses públicos e privados legítimos); e (viii) a necessidade de se determinar o limite e o conteúdo do direito fundamental à privacidade.

E, ainda no que tange a essas decisões, na mesma linha de raciocínio de Tércio Ferraz, o Professor Angél Aguillo Avilés,¹²⁸ que, em suas ponderações sobre a primeira decisão da corte constitucional espanhola que analisou questão do sigilo bancário e do direito “à intimidade”, entende que houve confusão entre “o aspecto material do direito à intimidade com o direito em si”. Para ele, a decisão se equivoca em dois sentidos: (i) no primeiro, ao confundir o aspecto material do direito à intimidade, aquilo que é o conteúdo do direito constitucionalmente protegido, com o aspecto jurídico do direito, que seria a forma como o primeiro é protegido, como se protege a informação íntima, quais são as faculdades de proteção desse direitos; e (ii) no segundo, ao confundir delimitação de direitos (fixação de seus contornos e de seu conteúdo essencial) com a limitação de direitos (que corresponderia ao seu sacrifício, com a redução de seu conteúdo constitucionalmente protegido, respeitando-se sempre o conteúdo essencial).

O racional adotado pela corte constitucional espanhola, no sentido de existirem os conceitos estrito e amplo de intimidade, encontrando-se naquele o núcleo protegido pela constituição, amolda-se, em parte, ao raciocínio utilizado pelo Professor Tércio Ferraz, segundo o qual existe a privacidade, que abarca toda a vida privada de um indivíduo, mas

¹²⁸ HAGSTRÖM, Carlos Alberto. Comentários à Lei do Sigilo Bancário. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editora, 2009, p. 87-93.

que, dentro dela, encontra-se um núcleo intransponível, que é a intimidade. E, nessa linha, o direito fundamental à privacidade, decorrente dos princípios da liberdade e da dignidade da pessoa humana, uma vez que relativo, admite a limitação na faculdade de sua proteção em determinados casos, os quais devem ser expressamente previstos em lei ou decorrerem do embate entre interesses e princípios constitucionais protegidos ponderados de forma a se identificar a limitação a tal faculdade.

Interessante observar que o Professor Angél Aguillo Avilés pondera que as decisões das cortes constitucionais espanholas não fizeram, de fato, uma ponderação entre princípios, mas sim interpretaram a Constituição para o fim de delimitar o alcance da privacidade sobre determinadas informações, delimitando-se a intimidade em sentido estrito em relação àquela em sentido amplo.¹²⁹ É de se notar, todavia, e com base nos apontamentos de Tércio Ferraz, que a delimitação levada a efeito pela corte constitucional representa, na verdade, um passo prévio à ponderação sobre os princípios e pressupostos constitucionais, encontrando-se nesta ponderação, pautada pelo princípio da razoabilidade, a conclusão no sentido de que, em caso de acesso a informações de movimentação bancária pela administração tributária para fins de verificação do dever de contribuir, não é possível que o direito à intimidade em sentido amplo resguarde as informações bancárias em face da administração tributária.

Contudo, não é pacífico o posicionamento da doutrina, seja no Brasil, seja em outros países,¹³⁰ sobre existir uma efetiva conexão entre o sigilo bancário e a proteção constitucional da privacidade. Aqueles que se posicionam contrariamente a tal conexão¹³¹ entendem que os aspectos patrimoniais e econômicos não estão contidos pelo núcleo da privacidade (intimidade), razão pela qual não seriam objeto de proteção jurídica sob o fundamento da privacidade; os que se posicionam pela existência da conexão entendem que os aspectos patrimoniais e econômicos fazem, sim, parte da privacidade do indivíduo que deve ser tutelada pelo Estado.

Adotar o posicionamento pela inexistência de conexão demanda admitir que os aspectos patrimoniais e econômicos do indivíduo não se confundem com a sua intimidade, ou seja, que suas operações e transações bancárias, bem como a tomada de outros serviços financeiros não possui qualquer relação com a esfera íntima do indivíduo, nem interfere na acepção de dignidade da pessoa humana, sendo este o fundamento resguardado pelo direito

¹²⁹ HAGSTROM, Carlos Alberto. Comentários à Lei do Sigilo Bancário. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editora, 2009, p. 92.

¹³⁰ HAGSTROM, Carlos Alberto. Comentários à Lei do Sigilo Bancário. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editora, 2009, p. 101-102.

¹³¹ Vide, nesse sentido, Barbeitas (HAGSTRÖM, p. 102) e Ruiz García (HAGSTRÖM, p. 103).

à privacidade. Em sentido contrário, adotar o posicionamento pela existência de conexão não resulta, ato contínuo, na adoção da ideia de que os aspectos patrimoniais e econômicos estão inteiramente resguardados pela privacidade, desde que se admita que há uma gradação no direito à privacidade e nos níveis de sua proteção, podendo existir, a partir desta premissa, entendimentos no sentido de que os aspectos patrimoniais e econômicos, bem assim as informações e eles relacionadas, estão contidas no núcleo mais íntimo da privacidade e não podem ser alcançadas, ou que eles se encontram no âmbito da vida privada, da privacidade que admite interferência, em razão de interesses justificados de âmbito privado e público.

2.5 Direito brasileiro: a privacidade e o sigilo bancário

A atividade bancária no Brasil iniciou-se, de modo formal, em 1808, com a fundação do Banco do Brasil, no intuito de funcionar como uma instituição financeira que atenderia não apenas os anseios das classes mais abastadas, mas também os interesses de controle e guarda das riquezas para a monarquia. Em 1850, quando da publicação do Código Comercial, previu-se o segredo dos livros comerciais, tendo-se aí fundamentado, à época, o sigilo bancário, o qual não dispunha, contudo, de punição em caso de descumprimento ou violação. A punição para esta hipótese só veio a ser prevista no Código Penal de 1940, entendendo-se que o sigilo bancário era forma de sigilo profissional, relativo à profissão de banqueiro.¹³²

O Decreto-Lei n. 6.419, de 1944, que versava sobre a reorganização da antiga Caixa de Mobilização Bancária, dispunha que deveriam ser mantidas sob rigorosa reserva as operações por ela realizadas com os bancos, respondendo civilmente, por perdas e danos, aqueles que praticassem “quebra” do sigilo. No ano seguinte, em 1945, foi a vez do Decreto-Lei n. 8.495 estabelecer que os documentos e informações obtidos pela Superintendência da Moeda e do Crédito — SUMOC, órgão que antecedeu o Banco Central do Brasil, quando do exercício de suas funções de fiscalização, seriam tratados em caráter estritamente confidencial. Todas essas normas, é importante destacar, destinavam-se à proteção dos interesses dos bancos e demais instituições financeiras, e não efetivamente os clientes.¹³³

¹³² BALTAZAR Júnior, José Paulo. “Considerações sobre o Sigilo Bancário”. Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 36, p. 103-105.

¹³³ COVELLO, Sérgio Carlos. O Sigilo Bancário como Proteção à Intimidade. Dissertação de Doutorado em Direito Comercial apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1989, p. 75.

Apenas anos mais tarde, com a edição da Lei n. 4.595/64 (também conhecida como Lei Bancária, que dispõe “*sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências*”), introduziu-se no ordenamento jurídico brasileiro, como regra infraconstitucional, em seu art. 38 e §§,¹³⁴ dispositivo tratando expressamente sobre o sigilo bancário, mesmo que forma sucinta. Até o advento desse dispositivo não havia disciplina legal específica sobre o sigilo bancário, e a doutrina, assim, estava livre até ali para desenvolver as teorias que o justificassem, inclusive a teoria de ser o sigilo bancário fundamentado no segredo profissional.¹³⁵ A partir da edição do art. 38, contudo, passa-se a adotar uma teoria legalista, uma vez que o fundamento para o sigilo bancário estaria na lei.

Deve-se contextualizar o momento. Estava em vigor a Constituição Federal de 1946, que não era uma constituição garantidora e não havia, ainda, absorvido integralmente os conceitos e princípios dos direitos fundamentais que se espalhavam pelo mundo com mais força desde o fim da Segunda Guerra Mundial. Não havia, na referida Carta Magna brasileira, nenhuma referência expressa à proteção da privacidade, embora garantida a propriedade.

¹³⁴ Lei n. 4.595/64: “*Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.*

§ 1º *As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central da República do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em Juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.*

§ 2º *O Banco Central da República do Brasil e as instituições financeiras públicas prestarão informações ao Poder Legislativo, podendo, havendo relevantes motivos, solicitar sejam mantidas em reserva ou sigilo.*

§ 3º *As Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício da competência constitucional e legal de ampla investigação (art. 53 da Constituição Federal e Lei n. 1579, de 18 de março de 1952), obterão as informações que necessitarem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central da República do Brasil.*

§ 4º *Os pedidos de informações a que se referem os §§ 2º e 3º, deste artigo, deverão ser aprovados pelo Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e, quando se tratar de Comissão Parlamentar de Inquérito, pela maioria absoluta de seus membros.*

§ 5º *Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.*

§ 6º *O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames serem conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente.*

§ 7º *A quebra do sigilo de que trata este artigo constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.” (grifos nossos)*

¹³⁵ A exemplo de Nelson Hungria, para quem o sigilo bancário tinha como fundamento o segredo profissional, por entender que é “geralmente reconhecido que entre os confidentes necessários, legalmente obrigados à discrição, figuram os banqueiros” (sujeitos, portanto, ao crime de violação de segredo profissional). in Comentários ao Código Penal. Vol. VI, p. 271-272.

Além disso, desde 1964 estava instaurado no Brasil um regime militar, que implementou uma atuação econômica diferenciada daquela vista anteriormente: saía de cena políticas econômicas de caráter estruturalista e passou-se a criar políticas econômicas de caráter desenvolvimentista, com o intuito de desenvolver os setores econômicos não apenas com indústria de base, mas também com um mercado financeiro e de capitais forte e regulado.¹³⁶

Não é de se estranhar, nesse sentido, que entre 1964 e 1976 o Brasil experimentou uma explosão econômica, em grande parte permitida pela segurança jurídica decorrente da alteração da estrutura legal e regulatória do mercado financeiro e de capitais, com a criação do Banco Central do Brasil e do Conselho Monetários Nacional em 1964, a alteração da legislação do mercado de capitais em 1965, e a criação da Comissão de Valores Mobiliários, reestruturação do mercado de capitais e introdução de uma moderna legislação societária em 1976. Todas essas mudanças acompanhadas de uma sólida base regulatória originada pelas novas autarquias destinadas a regular a fiscalizar o mercado financeiro e de capitais, que permitiam o desenvolvimento de melhores políticas creditícias e monetárias.

E, como atividade que passou a caber a essas autarquias (Bacen e CVM) estava a fiscalização dos mercados, a qual não seria possível sem o acesso às informações sobre as operações realizadas e registradas nos ambientes então existentes (à época não havia ainda a previsão sobre bolsas de mercadorias e futuros, que só surgem no Brasil na década de 1980, depois do crescimento do mercado de derivativos nos Estados Unidos na década de 1970). O acesso a essas informações era possível por meio das instituições financeiras e equiparadas, entidades previstas nos arts. 17 e 18 da Lei n. 4.595/64,¹³⁷ que intermediavam ou tinham acesso aos fluxos financeiros, contas e operações dos investidores.

¹³⁶ YAZBEK, Otavio. Regulação do mercado financeiro e de capitais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 263-266.

¹³⁷ “Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual.

Art. 18. As instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central da República do Brasil ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras.

§ 1º Além dos estabelecimentos bancários oficiais ou privados, das sociedades de crédito, financiamento e investimentos, das caixas econômicas e das cooperativas de crédito ou a seção de crédito das cooperativas que a tenham, também se subordinam às disposições e disciplina desta lei no que for aplicável, as bolsas de valores, companhias de seguros e de capitalização, as sociedades que efetuam distribuição de prêmios em imóveis, mercadorias ou dinheiro, mediante sorteio de títulos de sua emissão ou por qualquer forma, e as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam, por conta própria ou de terceiros, atividade relacionada com a

Assim, e para que o Bacen (a CVM somente foi criada em 1976) pudesse ter acesso a essas informações detidas pelas instituições financeiras sobre fluxos financeiros, contas de depósito, operações e aplicações financeiras, bem assim cadastro dos investidores, foi estatuído no art. 37 da Lei n. 4.595/64 que as *“instituições financeiras, entidades e pessoas referidas nos artigos 17 e 18 desta lei, bem como os corretores de fundos públicos, ficam, obrigados a fornecer ao Banco Central da República do Brasil, na forma por ele determinada, os dados ou informes julgados necessários para o fiel desempenho de suas atribuições”*. (g.n.)

Mas, para manutenção da segurança sobre o resguardo das informações bancárias dos investidores, muito mais em linha, à época, com uma preocupação acerca da relação banco-cliente, introduziu-se o referido art. 38 para garantir ao mercado que, embora as instituições financeiras tivessem a obrigação de prestar informações, elas deveriam conservar *“sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados”*.

Analisando-se o art. 38 e seus §§, podemos extrair algumas conclusões. A primeira, mais óbvia ao intérprete, denota que o dispositivo gera para as instituições financeiras uma obrigação, um dever, de manter sigilo das informações sobre as operações ativas e passivas de seus clientes, bem assim sobre os serviços (financeiros) a eles prestados, comprovado pelo impositivo do verbo conservar (*“conservarão”*). Esta é a regra geral que deve ser observada pelas instituições financeiras, independentemente da vontade do cliente ou de terceiros, ressalvadas as hipóteses previstas nos §§.

Quando da análise dos §§ do art. 38, além das hipóteses de solicitação de informações pelo Poder Judiciário e pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, duas situações ganham relevo: (i) aquela contida no §2º, que determina que o *“Banco Central da República do Brasil e as instituições financeiras públicas prestarão informações ao Poder Legislativo, podendo, havendo relevantes motivos, solicitar sejam mantidas em reserva ou sigilo”*, o que demonstra a relevância das informações bancárias para o processo de entendimento dos mercados e respectiva criação de regras efetivas e eficientes, que guardem coerência com a prática e o funcionamento das atividades financeiras e do mercado de capitais; e (ii) aquela

compra e venda de ações e outros quaisquer títulos, realizando nos mercados financeiros e de capitais operações ou serviços de natureza dos executados pelas instituições financeiras.

§ 2º O Banco Central da República do Brasil, no exercício da fiscalização que lhe compete, regulará as condições de concorrência entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos com a aplicação da pena (Vetado) nos termos desta lei.

§ 3º Dependendo de prévia autorização do Banco Central da República do Brasil as campanhas destinadas à coleta de recursos do público, praticadas por pessoas físicas ou jurídicas abrangidas neste artigo, salvo para subscrição pública de ações, nos termos da lei das sociedades por ações.”

contida nos §§ 5º e 6º, e que possibilita o acesso pelos agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados a “*documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente*”, não só diretamente, mas também por meio de esclarecimentos e informes prestados pelas instituições financeiras, devendo sempre referidos agentes conservar sigilo, não podendo utilizar as informações senão reservadamente.

Referido artigo foi posteriormente ratificado para observância também pela CVM, quando da edição da Lei n. 6.385/76 (art. 22, §2º), e, depois de servir por anos como a referência legal que regulamentava o sigilo bancário, restou revogado expressamente pelo art. 13 da Lei Complementar n. 105, de 10/01/2001.

Contudo, antes do advento da CF de 1988, havia entendimento doutrinário no sentido de que o parágrafo único do art. 197, I,¹³⁸ do Código Tributário harmonizava-se com os parágrafos do art. 38 da Lei n. 4.595, para fins de prestação de informações pelas instituições financeiras ao fisco. Embora houvesse o entendimento de que o sigilo profissional deveria ser protegido (à época ainda não havia a previsão expressa da proteção da privacidade como fundamento para o não-fornecimento de informações), considerava-se que o art. 197 excepcionava apenas o segredo profissional de advogados, médicos e outros profissionais liberais, mas não o sigilo bancário, uma vez que os bancos eram expressamente citados no art. 197 dentre os que deviam prestar informes ao fisco.¹³⁹

¹³⁸ “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:
[...]

II - os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras;”.

¹³⁹ “O parágrafo único do art. 197 naturalmente está endereçado à proteção do segredo profissional em relação a ‘quaisquer entidades ou pessoas’ de todas as atividades e profissões, a que se refere o inciso VII desse mesmo dispositivo. Não se conceberia que o advogado e o padre, por ex., fossem compelidos a devassar confidências recebidas em função de sua atividade, quando outras leis os garantem em função de sua atividade, contra delações a que os obrigaram, e até os punem se as fizerem (Cód. Penal, art. 154). Não é, porém, o caso dos banqueiros, p. ex., que não estão adstritos às mesmas regras éticas e jurídicas de sigilo. Em princípio só devem aceitar e ser procurados para negócios lícitos e confessáveis. Diversa é a situação do advogado, do médico e do padre, cujo dever profissional lhes não tranca os ouvidos a todos os desvios de procedimento ético ou jurídico, às vezes conhecidos somente da consciência dos confitentes.” In BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 9ª Edição. Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 565-566. Nesse mesmo sentido, MELLO FILHO, José Celso de. Constituição Federal Anotada. 2ª Ed. ampl. São Paulo, Saraiva, 1986, p. 238, e também MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 4ª Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 136: “O dever de informar encontra limite no denominado sigilo profissional. Assim não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a guardar segredo em razão de cargo, ofício, função, magistério, atividade ou profissão (C.T.N., art. 197, parágrafo único).”

É verdade que o parágrafo único do art. 197, endereçado à proteção do sigilo profissional, também se referia à manutenção de sigilo sobre fatos conhecidos em razão de “atividade”, o que seria suficiente para excepcionar a atividade bancária, mas esta interpretação não poderia ser admitida já à época em razão da previsão expressa no caput do mesmo artigo de que as instituições financeiras estavam obrigadas à prestação de informações (se excluíssemos as “operações ativas e passivas e serviços prestados”, as quais se sujeitam ao sigilo, nada sobraria para justificar a inclusão das instituições financeiras no art. 197 do CTN).

Mas outros artigos dispersos na legislação também trataram sobre o tema da prestação de informações bancárias pelos contribuintes à administração tributária, autorizando-a e detalhando-a.

São exemplos (i) o art. 8º da Lei nº 8.021, de 12/04/1990,¹⁴⁰ que dispunha “*sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais, e dá outras providências*”, e permitia a solicitação, pelo fisco, desde que no curso de procedimento fiscal, de informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias; da leitura do artigo, pode-se interpretar que o legislador tinha em mente a possibilidade de acesso pelo fisco às informações diretamente junto às instituições financeiras, que deveriam entregar documentos com informações mais detalhadas (operações e extratos de contas bancárias) do que previa o art. 38 da Lei n. 4.595/64 (esclarecimentos e informes, bem como documentos, livros e registros de contas de depósitos);¹⁴¹ e (ii) o art. 12 da Lei Complementar n. 70, de 30/12/1991,¹⁴² a qual instituiu a

¹⁴⁰ “Art. 8º Iniciado o procedimento fiscal, a autoridade fiscal poderá solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no art. 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

Parágrafo único. As informações, que obedecerão às normas regulamentares expedidas pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, deverão ser prestadas no prazo máximo de dez dias úteis contados da data da solicitação, aplicando-se, no caso de descumprimento desse prazo, a penalidade prevista no § 1º do art. 7º.”

¹⁴¹ O art. 8º foi objeto de questionamentos judiciais, sob a alegação de que a legislação tributária não poderia retroagir para prejudicar o contribuinte, ao passo que restou entendido pelo STJ que, nos termos do art. 144, § 1º, do CTN, estaria autorizada a aplicação imediata, ao lançamento tributário, da legislação que, após a ocorrência do fato impositivo, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, desde que o crédito tributário não tenha sido alcançado pela decadência (STJ - REsp: 1249300 DF 2011/0079274-9, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 18/08/2011, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/08/2011).

¹⁴² “Art. 12. Sem prejuízo do disposto na legislação em vigor, as instituições financeiras, as sociedades corretoras e distribuidoras de títulos e valores mobiliários, as sociedades de investimento e as de arrendamento mercantil, os agentes do Sistema Financeiro da Habitação, as bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e instituições assemelhadas e seus associados, e as empresas administradoras de cartões de crédito fornecerão à Receita Federal, nos termos estabelecidos pelo Ministro da Economia,

Cofins, ao determinar que as instituições financeiras e equiparadas ali relacionadas deveriam fornecer à RFB, nos termos que estabelecidos pela regulamentação, “*informações cadastrais sobre os usuários dos respectivos serviços, relativas ao nome, à filiação, ao endereço e ao número de inscrição do cliente no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC)*”.

Estes dispositivos infraconstitucionais estão, contudo, sujeitos a premissas constitucionais diferentes. O art. 38 da Lei n. 4.595/64 foi introduzido no sistema jurídico brasileiro sob a égide da Constituição Federal de 1946, promulgada em 18/09/1946, a qual previa proteção de liberdades, mas não era garantista, sendo certo que permaneceu em vigor mesmo depois da promulgação da Constituição Federal de 1988, garantista e introdutora de um Estado Democrático de Direito, com a recepção da Lei n. 4.595/64 como Lei Complementar.

Os demais dispositivos acima citados já foram introduzidos sob o manto da Constituição Federal de 1988, a qual previa a proteção dos direitos e garantias fundamentais, sendo a dignidade da pessoa humana fundamento da proteção da privacidade (e, logo, dos fatos e das informações a ela relativos) e o direito ao sigilo sua faculdade.

Essencial, portanto, analisar a Constituição Federal de 1988 e os seus dispositivos que, como cerne ou reforço, garantem a privacidade dos indivíduos, bem assim, conforme será abordado, podem servir como justificativa para o sigilo bancário, observados os necessários limites e exceções.

2.5.1 O enfoque constitucional

Os entendimentos sobre a caracterização e fundamento do sigilo bancário sofreu um forte revés com a edição da Constituição Federal de 1988, tendo em vista a interpretação

Fazenda e Planejamento, informações cadastrais sobre os usuários dos respectivos serviços, relativas ao nome, à filiação, ao endereço e ao número de inscrição do cliente no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC).

§ 1º *As informações recebidas nos termos deste artigo aplica-se o disposto no § 7º do art. 38 da Lei n° 4.595, de 31 de dezembro de 1964.*

§ 2º *As informações de que trata o caput deste artigo serão prestadas a partir das relações de usuários constantes dos registros relativos ao ano-calendário de 1992.*

§3º *A não-observância do disposto neste artigo sujeitará o infrator, independentemente de outras penalidades administrativas à multa equivalente a trinta e cinco unidades de valor referidas no art. 5º desta lei complementar, por usuário omitido.”*

conjugada de dois dispositivos: o primeiro, o art. 5º, X (para parte da doutrina, conforme se verá adiante, também o inciso XII), e o outro, o art. 145.¹⁴³

Isso porque, embora o texto pudesse ser interpretado como autorização específica ao fisco para acessar informações sigilosas dos contribuintes junto aos bancos, desde que “nos termos da lei” (ou seja, somente quando previsto em lei, como era o caso dos parágrafos 5º e 6º do art. 38 da Lei n. 4.595/1964), haviam entendimentos doutrinários e jurisprudenciais¹⁴⁴ no sentido de que uma interpretação restritiva da referência a “direitos individuais” vedava ao fisco o acesso às informações, o que só seria possível por meio de ordem judicial (crença na existência de reserva de jurisdição para o art. 5º da CF 1988).

O entendimento que se passou a construir com base na nova ordem constitucional, no sentido de que o fisco não teria mais acesso direto às informações financeiras dos contribuintes junto às instituições financeiras mediante mera abertura de procedimentos administrativos, necessitando sempre de determinação judicial prévia, consistiria, certamente, em um cerceamento das atividades da RFB, conforme será visto no próximo capítulo, e a retirada de um instrumento fundamental à arrecadação e manutenção do Estado.

Isso não quer dizer que os direitos fundamentais, reforçados pela CF de 1988, não deveriam ser respeitados. Contudo, a questão se passaria a enfrentar seria em que medida os direitos fundamentais estavam sendo afetados em razão do acesso, pelo fisco, de informações financeiras, diretamente ou por meio de instituições financeiras (sigilo bancário). Em qualquer hipótese, com o advento da CF de 1988, mostrava-se indispensável que a lei outorgasse poder aos requisitantes de informações bancárias consideradas sigilosas para que estas pudessem ser fornecidas.¹⁴⁵

¹⁴³ “Art. 145. [...]”

§ 1º. Sempre que possível, os impostos terão **caráter pessoal** e serão **graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte**, facultando à administração tributária, especialmente para **conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte**”. (grifos nossos)

¹⁴⁴ Conforme entendimento de alguns Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), como os Min. Marco Aurélio de Mello, Maurício Corrêa, Celso de Mello e Ilmar Galvão, todos eles em votos no Mandado de Segurança no 21.729-4 (admitindo, com base nesse raciocínio, o acesso do fisco às operações e serviços bancários apenas com ordem judicial). Ainda nesse sentido, a Primeira Turma do STJ, no Recurso Especial n. 37.566-5 - RS, ainda que se fundando numa interpretação diferenciada do §5º do art. 38 da Lei n. 4.595/1964, chegou ao mesmo entendimento: “*Tributário. Sigilo bancário. Quebra com base em procedimento administrativo-fiscal. Impossibilidade. O Sigilo bancário do contribuinte não pode ser quebrado com base em procedimento administrativo-fiscal, por implicar indevida intromissão na privacidade do cidadão, garantia esta expressamente amparada pela Constituição Federal (artigo 5º, inciso X). [...] Apenas o Poder Judiciário, por um de seus órgãos, pode eximir as instituições financeiras do dever de segredo em relação às matérias arroladas em lei*” (RSTJ, 60/357)”.

¹⁴⁵ Consoante Parecer GQ-110, da AGU, publicado no DOU de 12/09/96.

A Constituição Federal brasileira, é importante destacar desde o início, embora seu alto grau de detalhamento normativo e de procedimentos, não faz menção expressa ao sigilo bancário nem no capítulo destinado à regulamentação do Sistema Financeiro Nacional, em que pese haver referências e inferências a um sigilo *lato sensu* ao longo de seu texto.

O consenso existente na doutrina sobre ser a Constituição Federal de 1988 protetora dos direitos e garantias fundamentais não se verifica em relação ao fundamento constitucional do sigilo bancário e sobre a própria existência de um fundamento constitucional que o justifique, especialmente quando se remonta à origem do sigilo, decorrente da relação de caráter negocial e privada entre banqueiros e clientes, para proteção do interesse destes (privacidade) e daqueles (demonstração de confiança e segurança), tendo sido também visto como espécie de sigilo profissional do banqueiro.¹⁴⁶

Embora não exista consenso, predomina na doutrina¹⁴⁷ o entendimento de que o fundamento do sigilo bancário repousa no direito à privacidade e à intimidade previstos no art. 5º, X, da Constituição.¹⁴⁸ Esta visão é simplista em sua construção lógica e de fundamentos, conforme analisado anteriormente, uma vez que não explora a concatenação existente entre a previsão expressa na Constituição Federal ao direito à privacidade, que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, e a existência segregada e autônoma do direito à proteção (ou à negação de sua turbação) da privacidade, faculdade inata do direito à privacidade em razão das garantias fundamentais, e que tem no princípio da liberdade o seu fundamento. De todo modo, e para não gerar interpretações equivocadas sobre teorias consolidadas na doutrina, será adotado neste trabalho, ordinariamente, as referências a

¹⁴⁶ BALTAZAR Júnior, José Paulo. “Considerações sobre o Sigilo Bancário”. Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 36, p. 110.

¹⁴⁷ Pode-se mencionar, dentre outros, Miguel Reale (REALE, Miguel. 1º Ciclo de Estudos de Direito Econômico), Tércio Sampaio Ferraz Júnior (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: O Direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado, in Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, 1/141, 1992), Arnold Wald (WALD, Arnold. O sigilo bancário no projeto de lei complementar de reforma do sistema financeiros e na lei complementar n. 70, in Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas 1/196, 1992), Ives Gandra Da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes (MARTINS, Ives Gandra Da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Sigilo bancário, Direito de autodeterminação sobre informações e princípio da proporcionalidade, in Repertório IOB de Jurisprudência, 2ª quinzena de dezembro de 1992), Alexandre de Moraes (para quem as informações fiscais e bancárias são “parte da vida privada da pessoa física ou jurídica”, MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 85), e Celso Ribeiro Bastos (declara ser o sigilo bancário “uma das formas de proteção constitucional à intimidade” — BASTOS, Celso Ribeiro. Sigilo Bancário. Parecer, in Estudos e Pareceres: Direito Público. São Paulo: RT, 1993, p. 68).

¹⁴⁸ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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; [...].” (g.n.)

“direito a sigilo” e a “direito à privacidade”, fazendo-se as ressalvas quando se mostrar necessário para a análise.

Para fins do presente estudo, alinhamo-nos ao entendimento do Prof. Tércio, para quem a privacidade engloba a intimidade (conforme demonstrado em tópico anterior), sendo esta o núcleo intransponível do direito à privacidade, ao qual não é possível o acesso (a menos que querido pelo próprio indivíduo) em razão de nenhum interesse, público ou privado, a menos que submetida à análise do Poder Judiciário, em razão da reserva de jurisdição a que devem estar sujeitos, por presunção tácita, os núcleos dos direitos fundamentais.¹⁴⁹

Sendo o direito à privacidade não absoluto, portanto, relativo, pode-se segregá-lo e delimitá-lo, adotando como critério o princípio da exclusividade, entre (i) a parcela da vida privada que compõe o núcleo intransponível (denominado, para fins do presente estudo, de “intimidade”), e no qual está contido tudo o que é íntimo e afeto apenas ao indivíduo, não tendo relação com interesses externos e correspondendo ao âmbito da solidão do indivíduo; é a proteção da efetiva dignidade da pessoa humana; e (ii) a parcela da vida privada na qual estão contidos fatos e informações que, embora a princípio pertinentes apenas ao indivíduo, é composta por fatos e informações que podem ser de interesse público e privado (terceiros), e, por essa razão, podem ser objeto de comunicação com o mundo externo, sendo inclusive requeridos por esses terceiros interessados desde que haja (a) previsão em lei acerca destes limites e exceções e (ii) necessidade comprovada de seu fornecimento.

Aqui, independentemente da análise que se seguirá dos dispositivos constitucionais que tratam sobre a matéria, cabe delinear algumas hipóteses tomadas da doutrina e que, com base em premissas distintas, nortearão diferentes caminhos a se trilharem para fins da análise sistemática da legislação e do instituto do sigilo bancário.

A primeira hipótese parte do pressuposto de que os aspectos patrimoniais e econômicos do indivíduo estão contidos em uma parcela da privacidade que é absoluta e não admite intromissão, e, uma vez previsto na Constituição a proteção à privacidade, torna-se o sigilo bancário quase que cláusula pétrea. Esta hipótese, defendida por doutrinadores como o Prof. Ives Gandra da Silva Martins¹⁵⁰ é, contudo, de difícil aceitação prática e acadêmica,

¹⁴⁹ Importante observar, conforme será adiante analisado, que a reserva de jurisdição inata aos direitos fundamentais não pressupõe a sua aplicação em todas as hipóteses, uma vez que sendo não-absoluto o direito e comportando limitações e exceções, estas não demandariam a análise pelo Poder Judiciário desde que (e esta condicionante é muito importante) estas estejam previstas em lei.

¹⁵⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Inconstitucionalidade da Lei Complementar 105/01. RDB, n. 11, p. 31 e 33.

uma vez que nenhuma informação desta natureza poderia ser requerida e, por partir do entendimento de que a informação bancária do indivíduo corresponde a um aspecto absoluto da privacidade, nem mesmo o Poder Judiciário poderia intervir, afastando negativamente a reserva de jurisdição, pois esta nada poderia fazer.¹⁵¹

A segunda hipótese parte do pressuposto de que as informações bancárias não estão contidas na vida privada do indivíduo, não havendo confusão entre os aspectos patrimoniais e econômicos e a privacidade (ou mesmo intimidade) e, portanto, não sendo aplicáveis a essas informações bancárias as proteções inatas aos direitos fundamentais. Esta hipótese entende não haver correlação entre informações bancárias e dignidade da pessoa humana, pois não enxergam como aquelas poderiam ser equiparadas a esta. Adotada por alguns doutrinadores espanhóis e brasileiros,¹⁵² esta hipótese afastaria, por um lado, a discussão sobre reserva de jurisdição, pois não estar-se-ia mais tratando a informação bancária como um direito fundamental, mas, por outro lado, e pela mesma razão, estar-se-ia afastando toda e qualquer proteção do indivíduo em ver garantido o sigilo de suas informações bancárias, com impactos de insegurança sobre as instituições financeiras e o mercado.

A terceira e última hipótese parte do pressuposto de que as informações bancárias estão contidas na vida privada do indivíduo, sendo parte de sua privacidade. Entretanto, admite o princípio da exclusividade como critério de delimitação do que seja efetivamente afeto à intimidade, ao núcleo da privacidade, e do que seja passível de comunicação com terceiros, embora ainda protegido. Esta hipótese mantém intacto o racional do direito à privacidade como direito fundamental que é, mas flexibiliza a faculdade de proteção de parcela dessa privacidade correspondente aos fatos e informações que, embora pertencentes à vida privada, não impactam a dignidade da pessoa humana em caso de acesso por terceiros. O direito ao sigilo, portanto, aplicar-se-ia sobre o núcleo da privacidade (intimidade) e sobre os demais fatos e informações da vida privada, não havendo que se falar em sigilo nas situações (i) expressamente previstas em na própria Constituição ou em lei como passíveis de acesso, de acordo com os critérios ali definidos, e (ii) para as quais haja necessidade premente de sua prestação. Para as demais situações, a reserva de jurisdição continuaria sendo a regra, mas não para estas situações em que a própria lei prevê como não havendo

¹⁵¹ Nas palavras do próprio doutrinador, “nem mesmo a autoridade judiciária poderia determinar a quebra do sigilo”. Em mesmo sentido de entendimento de Ives Gandra, BELLOQUE, Juliana Garcia. Sigilo Bancário. Análise crítica da LC 105/2001. São Paulo: RT, 2003, p. 77.

¹⁵² HAGSTRÖM, Carlos Alberto. Comentários à Lei do Sigilo Bancário. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editora, 2009, p. 101-103. Deve-se destacar que esta segunda hipótese pode, por vezes, decorrer de uma visão de que a privacidade ou intimidade são um corpo único, que não admite delimitação para fins de identificação da parcela absoluta e da parcela relativa, de acordo com o critério de exclusividade.

sigilo. É o caso do sigilo bancário, garantia de defesa do indivíduo contra intromissões de terceiros, inclusive o Estado (em suas diversas formas e órgãos), com exceção das situações para as quais esta faculdade seria limitada pois não se poderia alegar sigilo.

Por comportar a caracterização da informação como pertencente à vida privada e, portanto, ao direito da privacidade e todos os aspectos de proteção inatos aos direitos fundamentais, bem como por reconhecer que pelo critério de exclusividade algumas situações, se verificadas, não afrontam a dignidade da pessoa humana e, assim, não pressupõem a faculdade de proteção contra terceiros (seja para prestação, seja para resguardo uma vez prestada), entende-se por mais adequada a terceira hipótese, que é em grande medida a adotada pelo Prof. Tércio, para fins de servir como parâmetro à análise das conclusões deste estudo. O próprio sopesamento entre princípios constitucionais pelo Poder Judiciário para a identificação de afronta de limitadores legais ao direito ao sigilo encontra amparo nesta hipótese, pois não se estaria verificando uma reserva de jurisdição, mas sim a delimitação da privacidade.¹⁵³ Feita esta breve digressão, retomemos a análise dos dispositivos constitucionais.

Alguns autores entendem que o fundamento constitucional do sigilo bancário se encontra apenas no art. 5º, X da Constituição, e outros entendem que este fundamento está contido tanto no inciso X quanto no inciso XII do art. 5º.¹⁵⁴ Esta diferenciação de entendimentos muito provavelmente é auxiliada pela redação ambígua contida no inciso XII.

O dispositivo do inciso X visa proteger o indivíduo em si, por meio de seus direitos mais personalíssimos (vida privada, intimidade, honra, imagem e assemelhados), garantindo a eles *status* de direitos fundamentais, enquanto que o dispositivo previsto no inciso XII enfocaria o resguardo à manifestação de pensamento e à sua comunicação do indivíduo, também com *status* de direitos fundamentais. Embora ambos versem sobre a vida privada do indivíduo, há diferenças entre os dois dispositivos justamente em razão do enfoque que o

¹⁵³ FERRAZ Júnior, Tércio Sampaio Ferraz. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 88, 1993, p. 445. Destaca o referido autor que o direito à privacidade “*sendo um fundamento em si mesmo, permite dizer que a privacidade de um indivíduo só se limita pela privacidade de outro indivíduo (como a liberdade de um só encontra limite na liberdade do outro). O mesmo, porém, não vale para a inviolabilidade do sigilo, cuja instrumentalidade remete à avaliação ponderada dos fins [...]*”, e, mais a frente, “*quando a Constituição garante a inviolabilidade do sigilo, o princípio do sopesamento exige que o intérprete saiba distinguir entre o devassamento que fere o direito à privacidade, no seu objeto, em relação com outros objetos de outros direitos também protegidos pelo sigilo*”.

¹⁵⁴ “Art. 5º [...]”

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; [...]*”

constituinte quis dar a cada um (indivíduo e a manifestação de seu pensamento, respectivamente), que serão exploradas mais adiante, em tópico específico sobre a proteção dos dados.

O conteúdo do inciso X não prevê exceções ou limitações à privacidade. Pelo contrário, é explícito em considerar como invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (adotando o termo pessoas para o fim de abarcar tanto as pessoas físicas quanto as pessoas jurídicas¹⁵⁵). Assim, resguarda tanto o núcleo da privacidade (intimidade, honra e imagem) quanto a espectro mais amplo da privacidade (vida privada). Reforça o entendimento, portanto, de que o direito à privacidade encontra-se integralmente resguardado pelo texto constitucional, por ser a privacidade um direito fundamental. Além disso, assegura ao indivíduo que tenha seu direito violado (por acesso indevido à sua privacidade, ou por perda da sua informação privada que estava na posse de terceiros) o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, o que guarda correspondência com os dispositivos dos arts. 1º, 11 e 21 da Lei n. 10.406, de 10/01/2002 (Código Civil Brasileiro).

Há ainda outros dispositivos na CF que se relacionam à privacidade e o sigilo bancário, e que reforçam a preocupação do constituinte com a proteção da privacidade dos indivíduos (objeto do direito) e com o resguardo garantido pelo sigilo (faculdade do direito, mesmo que não seja de um direito fundamental), tais como o art. 5º, XIV (sigilo profissional), XXXIII (direito de todos terem acesso a informações de órgãos públicos, como àquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado), LX (inversamente aos anteriores, restringindo a publicidade de atos processuais — públicos — em razão da privacidade); art. 136, §1º, I, “b” e “c”, e art. 139, III (restrições ao sigilo de correspondências e de comunicações em caso de estado de defesa e estado de sítio, respectivamente).

Feitas as ponderações acima sobre a recepção do direito à privacidade e do sigilo bancário pela Constituição Federal de 1988, importante destacar os princípios que regem esta matéria, a saber: o princípio da dignidade da pessoa humana (direito à privacidade), o princípio da liberdade (direito ao sigilo, inclusive o bancário), o princípio da legalidade (no

¹⁵⁵ Para que não haja desvios ao raciocínio do estudo, cabe apenas apontar que a maior parte da doutrina entende que o direito de privacidade e suas proteções são aplicáveis também às pessoas jurídicas, e não apenas às pessoas físicas. Assim, para os fins do presente trabalho, os termos “pessoa” e “indivíduo”, caso não expressamente identificado, referem-se sempre às pessoas físicas e às pessoas jurídicas. Para maior detalhamento sobre o entendimento da doutrina, HAGSTRÖM, Carlos Alberto. Comentários à Lei do Sigilo Bancário. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editora, 2009, p. 97-101.

que se refere às disposições expressas sobre a privacidade e seus eventuais limites e exceções), o princípio da exclusividade (como critério de gradação da privacidade) e o princípio da proporcionalidade (informa e pertence à hermenêutica constitucional¹⁵⁶), os quais serão analisados no próximo capítulo.

Por fim, o princípio da proporcionalidade, que não é exclusivo do aspecto ora em análise, pelo contrário, é elemento indissociável da hermenêutica do ordenamento constitucional, em especial em situações de ponderação entre princípios ou entre princípios e normas. Serve como um instrumento ao intérprete para se evitar o arbítrio em situações sem soluções claras ou objetivas. Pode ser, de acordo com o critério para sua aplicação, dividido em três aspectos ou subprincípios:

- (i) pertinência ou aptidão: verifica-se se a medida que está sendo tomada representa o meio certo para levar a cabo uma finalidade baseada no interesse público. Portanto, se aquela medida é adequada, é pertinente, é apta (aspecto finalístico);
- (ii) ponderação: analisam-se se as medidas possíveis de serem adotadas para alcançar determinada finalidade e se escolhe por aquela que é/deveria ser menos nociva aos interesses do cidadão (privados); meio menos gravoso ao cidadão;
- (iii) proporcionalidade (ou sopesamento) em sentido estrito: a escolha deve recair sobre o meio ou meios que, no caso específico, levarem mais em conta o conjunto de interesses em jogo.

O princípio da proporcionalidade, em especial em seu aspecto de ponderação, será de fundamental importância para o enfrentamento da questão em análise neste trabalho, ou seja, se as informações bancárias, protegidas pelo sigilo bancário, tendo em vista o caráter não absoluto do direito à privacidade, poderiam ou não ser prestadas à administração tributária, sopesando-se não apenas os princípios da dignidade da pessoa humana com o da manutenção do Estado (o qual traria como limite o interesse público na arrecadação), mas também o sopesamento entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o da eficiência do sistema tributário (o qual traria como limite a ineficiência do sistema tributário, sendo que este só pode ser verificado ao se conhecer e entender o mercado, por meio do acesso a informações).

¹⁵⁶ BALTAZAR Júnior, José Paulo. “Considerações sobre o Sigilo Bancário”. Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 36, p. 110-115.

A análise desta ponderação será realizada no próximo capítulo. Cabe, agora, analisar outro dispositivo constitucional de extrema importância para a discussão do sigilo bancário: a proteção constitucional à privacidade de dados e de comunicação.

2.5.2 A proteção aos dados (informações) e à comunicação

Outro dispositivo constitucional que se relaciona à privacidade e ao sigilo bancário é o art. 5º, XII,¹⁵⁷ que dispõe ser “*inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*”.

Este inciso é também utilizado por parte da doutrina, por vezes, como fundamento constitucional do sigilo bancário, não sendo, entretanto, pacífica a interpretação sobre o objeto ali protegido em relação ao termo “dados”, seja em razão da construção redacional utilizada, seja em razão da eventual imprecisão das palavras escolhidas, de sentidos muito abertos.

Alguns autores entendem que o inciso XII do art. 5º deve ser interpretado literalmente em relação ao termo “dado”, tendo sido a vontade do legislador tornar inviolável não apenas as correspondências e comunicações telegráficas e telefônicas, mas também o dado em si, a informação estática nele contida. Nesse sentido, podemos citar Alexandre de Moraes,¹⁵⁸ Marco Aurélio Greco¹⁵⁹ e Carlos Alberto Hagström,¹⁶⁰ bem assim a posição do STF adotada

¹⁵⁷ A Constituição Federal prevê, em seu art. 5º, LXXII, remédio processual específico relativo a este dispositivo, para o fim de assegurar o conhecimento e a retificação de dados de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público.

¹⁵⁸ “*Importante destacar que a previsão constitucional, além de estabelecer expressamente a inviolabilidade das correspondências e das comunicações em geral, implicitamente proíbe o conhecimento ilícito de seus conteúdos por parte de terceiros. O segredo das correspondências e das comunicações é verdadeiro princípio corolário das inviolabilidades previstas na Carta Maior*”. MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 85.

¹⁵⁹ “*A meu ver, duplo é o sentido do dispositivo, pois o núcleo é resguardar a inviolabilidade das informações (este o valor a ser protegido), seja qual for a forma sob a qual se apresentem, tanto as transmitidas quanto as armazenadas. [...] Com efeito, afirmar que a proteção seria apenas quanto ao fluxo das informações, ou àquelas informações que não poderiam ser captadas a não ser no seu trajeto, em razão da sua volatilidade, é, a meu ver, captar apenas parte da garantia, pois, do ângulo do interessado, ver as informações que lhe digam respeito acessadas estática ou dinamicamente é indiferente, no que diz respeito ao que passa a ser de conhecimento de terceiro. A leitura que faço do dispositivo é no sentido de veicular uma proteção substancial ligada ao conteúdo do dado ou da correspondência, pois este é que corresponde a uma informação atinente à pessoa, esta sim protegida, seja qual for a maneira pela qual possa ser captada*”. GRECO, Marco Aurélio. Sigilo das operações de instituições financeiras. Parecer no Processo IASP 01/279. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, n. 9, jan-jun/2002, p. 154-155.

¹⁶⁰ “*Com efeito, o sistema bancário funciona, hoje, como é notório, firmado em procedimentos informatizados.*

em parte do julgamento da Ação Penal 307 (“Caso Collor”), de 1994, na qual os Ministros Ilmar Galvão e Moreira Alves¹⁶¹ posicionaram-se pela inviolabilidade dos dados, só sendo possível excepcionar as comunicações telefônicas, tendo em vista disposição expressa nesse sentido.

Mas esta posição não é pacífica na doutrina e na jurisprudência. Isso porque, a forma como foi redigido o referido inciso suscita dúvidas sobre ter o constituinte querido tornar inviolável todas as formas de comunicação, inclusive a de dados e a correspondência, e não apenas as comunicações telefônicas e telegráficas, ou se teve como intenção tornar invioláveis os dados em si, em qualquer forma que se apresentem.

Devemos nos transportar para o momento histórico em que o inciso XII foi redigido para perceber que, em 1988, embora já existissem computadores e as bases informatizadas de dados, este ainda era um tema relativamente recente, não sendo de tanta clareza a forma como os dados, em especial os bancários, eram processados, armazenados, transferidos e protegidos. Pressupõe-se, portanto, que o constituinte deve ter querido abarcar na inviolabilidade não apenas as comunicações entre os indivíduos (matéria inclusive já prevista como crime no Código Penal — art. 151, §1º, II a IV), mas também alguma forma de proteção aos dados.

Mas a doutrina reconhece certa impropriedade no termo “dados”, consoante Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins,¹⁶² que entendem que *“por “dados” não se entende o objeto da comunicação, mas sim uma modalidade tecnológica de comunicação”*, sendo complementados pelo posicionamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁶³: *“Sigilo de dados. O direito anterior não fazia referência a essa hipótese. Ela veio a ser prevista,*

Todos os lançamentos, todas as operações — depósitos, saques, ordens de pagamento, aplicações financeiras, pagamentos — realizam-se mediante processamento de dados. Ora, o livre acesso a esses dados colocaria a descoberto todas a vida econômico-financeira do cidadão, “quebrando” o segredo; violando, pois, na concepção atual, a privacidade ou intimidade da pessoa”. Comentários à Lei do Sigilo Bancário. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editora, 2009, p. 175.

¹⁶¹ *“Pelos termos em que está redigido esses dispositivo, que só abre exceção para as comunicações telefônicas, é possível sustentar-se que as demais inviolabilidade só admitem sejam afastadas por texto constitucional expresso. Mas, ainda quando se admita que podem ser postas de lado nas hipóteses e na forma prevista na lei, o que é certo é que não há lei que disponha a respeito no concernente — que é o que importa no momento — à inviolabilidade dos dados aludidos no citado texto constitucional”*. Transcrição de trecho do voto do Min. Moreira Alves na Ação Penal 307.

¹⁶² FERRAZ Júnior, Tércio Sampaio Ferraz. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 88, 1993, p. 446, citando Celso Bastos & Ives Gandra, p. 73.

¹⁶³ FERRAZ Júnior, Tércio Sampaio Ferraz. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 88, 1993, p. 44.

sem dúvida, em decorrência do desenvolvimento da informática. Os dados aqui são os dados informáticos (v. incs. XIV e LXXII)”.

E esta impropriedade deve levar o intérprete da norma a adotar uma análise sistemática para fins de identificação do significado mais adequado do termo, tendo este trabalho sido originalmente realizado por Tércio Sampaio Ferraz Junior, em conjunto com uma análise semântica e gramatical da pontuação e dos conectivos. Para este autor, como o direito que se visa proteger no inciso XII é o da comunicação e o da liberdade de não emitir pensamento,¹⁶⁴ tendo por objeto a privacidade e a liberdade de comunicação, busca-se ali proteger a eventual afronta a esse direito por meio da interceptação ou acesso às comunicações de terceiros. Nesse sentido, a mera manutenção de dados em base destinada à sua guarda não estaria violando o direito à inviolabilidade do sigilo das comunicações, nem o envio desses dados a terceiros, dentro de relações comerciais.¹⁶⁵

Para Tércio, o sigilo de trata o inciso XII do art. 5º da CF/88 é o da comunicação, no interesse da defesa da privacidade dos indivíduos que se comunicam. Em suas palavras

o que fere a liberdade de omitir pensamento é, pois, entrar na comunicação alheia [...]. Se alguém elabora para si um cadastro sobre certas pessoas, com informações marcadas por avaliações negativas, e o torna público, poderá estar cometendo difamação, mas não quebra de sigilo de dados. Se estes dados, armazenados eletronicamente, são transmitidos, privadamente, a um parceiro, em relações mercadológicas, para defesa do mercado, também não estará havendo quebra de sigilo. Mas se alguém entra nesta transmissão, como um terceiro que nada tem a ver com a relação comunicativa, ou por ato próprio ou porque uma das partes lhe cede o acesso indevidamente, estará violando o sigilo de dados.

Assim, sob esta perspectiva doutrinária, a leitura do inciso XII leva-nos ao entendimento de que o Constituinte agrupou, para fins de proteção, quatro meios de transmissão física do pensamento: correspondência, telegramas, dados (via computadores) e telefonemas.¹⁶⁶ A percepção de que o inciso XII torna inviolável o fluxo e a comunicação

¹⁶⁴ “Somente após tentativas para pô-lo em sistema lógico, segundo métodos de lógica simbólica, com que por vezes submetemos a prova enunciados nossos, foi que chegamos à conclusão que nos pareceu satisfatória: trata-se, apenas, de um dos casos de liberdade do pensamento - a liberdade de não emitir o pensamento. Assim, a inviolabilidade da correspondência, o segredo profissional, o segredo em geral, encontram o seu lugar sistemático. Ao mesmo tempo lhe percebemos a parecença com as outras liberdades de negação - a liberdade de ser ateu ou de ser contra as religiões, de que acabamos de falar e a de inviolabilidade de domicílio, cuja análise também não encontramos feita”. MIRANDA, Pontes de. Democracia, Liberdade, Igualdade [Os três caminhos]. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. P. 360.

¹⁶⁵ FERRAZ Júnior, Tércio Sampaio Ferraz. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 88, 1993, p. 446.

¹⁶⁶ Tratando sobre o ordenamento jurídico e a proteção à comunicação entre os indivíduos, já sob uma égide

de informações (inclusive dados) entre os indivíduos, resguardando a liberdade de pensamento e o sigilo de suas manifestações, reforça a diferença de objetos entre este inciso e o inciso X, uma vez que este, de forma clara, protege a privacidade em sentido amplo, resguardando a dignidade da pessoa humana.

A referência a “dados” no inciso XII não se referiria a “dados de computação”, vistos estaticamente, mas sim a sua transmissão. Ainda que os dados sejam públicos, veda-se a sua interceptação durante a transmissão.

Mesma linha de entendimento foi adotada posteriormente pelo STF, quando da apreciação do MS n. 21.729-4, tendo os Ministros Francisco Rezek e Sepúlveda Pertence seguido o entendimento do Prof. Tércio Ferraz ao entenderem que o que se protege de forma absoluta no inciso XII é a comunicação dos dados, no intuito de proteger uma intervenção de terceiros num ato de comunicação.

O segundo entendimento adotado pela doutrina e pelo STF parece, de fato, ser o mais adequado. A interpretação literal do inciso XII levaria à inviolabilidade de todo e qualquer dado, tornando impraticáveis todo e qualquer ato de fiscalização e de tentativa em se obter informações sobre o que quer que seja.

Além disso, a definição do termo “dado”, pobre em conteúdo, pode auxiliar nesta análise. Dado pode ser considerado um *“elemento ou quantidade conhecida que serve de base à solução de um problema; o ponto de partida em que se funda uma discussão”*. Pode, portanto, tanto ser um elemento individualizado ou um conjunto de elementos que contém um significado, como também ser confundido com o conceito de informação. Mas dado e informação são termos distintos, uma vez que o primeiro representa um significado estatístico, enquanto que o segundo corresponde a um significado dinâmico,¹⁶⁷ contextualizado e organizado.

O dado não contextualizado ou organizado resta vazio de sentido e, assim, não serve para fins de comunicação, de discurso intelectual. E isso é claro para fins de informações

de garantia dos direitos fundamentais, leciona Pontes de Miranda: *“O art. 153, § 9º, [da Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969] não protege, constitucionalmente, toda a liberdade de não emitir o pensamento. Só se refere ao sigilo da correspondência e ao sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas. Fora daí, têm de ser invocadas outras regras jurídicas da Constituição de 1967, ou das leis ordinárias. Mas basta haver a transmissão para que incida o art. 153, § 9º”*. Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969. Tomo V. 3. ed. Rio: Forense, 1987, p. 174.

¹⁶⁷ Pode-se dar como exemplo um indivíduo que queira comprar um automóvel e, nesse sentido, procura na internet fotos de automóveis que lhe agradem. Identificado um determinado modelo, o indivíduo envia um e-mail para uma concessionária, mas esquece de inserir um texto e acaba por encaminhar apenas a foto do automóvel. Teria ele efetivamente se comunicado? Certamente que não, pois o receptor da mensagem não sabe a intenção do indivíduo — se era comprar, arrumar, vender aquele carro — e nem se o e-mail correspondia a alguma intenção. Faltou conteúdo ao dado, faltou-lhe informação.

bancárias. Se um relatório contendo apenas números for prestado para alguém, de nada servirá, uma vez que um número sem identificação de seu significado e conteúdo, de seu titular, de nada servirá a terceiros. A transferência de dados descontextualizados, amorfos e consolidados não transmite ideias e, portanto, não poderia ser considerado forma de comunicação.

Nesse sentido, o termo “dados” adotado no inciso XII deveria comportar, caso se quisesse a ele imputar o conteúdo de privacidade do inciso X, o conceito de informação, uma vez que só assim poder-se-ia falar em conteúdo passível de comunicação, uma vez que representativo de ideias e pensamentos. Essa percepção mostra-se ainda mais evidente na sociedade da informação em que vivemos, na qual, para fins de comunicação, não basta transferir dados, mas sim conteúdos.

Um dado transferido não comunica, isoladamente, uma ideia ou um pensamento, ao contrário de quando se transfere uma informação, que já contém em seu conceito a organização e contextualização de uma ideia. Para fins de mercado de capitais, a diferença pode ser notada com dois exemplos: no primeiro, uma instituição financeira transfere a um terceiro uma folha contendo apenas números em colunas (dado), e no segundo a mesma instituição financeira transfere a mesma folha com números, mas agora identificando a que se referem os números, a titularidade de seu proprietário e o período de apuração dos números (informação).

É de se notar, portanto, que há diferenças de objetos protegidos pelo inciso X (privacidade) e pelo inciso XII (comunicação e liberdade de pensamento). No primeiro protege-se a inviolabilidade da privacidade, da vida privada, e no segundo a inviolabilidade das comunicações dos itens ali descritos, inclusive os dados. Evidentemente, a proteção da comunicação e da liberdade de pensamento resta por estar, de certa forma, contida na proteção da vida privada do indivíduo. Contudo, e partindo-se do pressuposto de que não há dispositivos desnecessários na lei, não se pode admitir que o constituinte apenas quis segregar a proteção da vida privada em dois incisos, inclusive dando maior relevo para alguns fatos (totalmente invioláveis) em detrimento de outros.

Além disso, ao tratar especificamente das informações bancárias, deve-se ressaltar que tais informações e o aspecto patrimonial e econômico do indivíduo (e não meramente os dados bancários) estão protegidos pela privacidade *lato sensu*, não se confundindo com a mera proteção de dados pessoais e de seu sigilo.

De todo modo, o que se mostra pela análise supra é que se deve afastar a tentativa de fundamentar o sigilo bancário no inc. XII da Constituição, o qual trata apenas da

correspondência e das comunicações de dados (e informações), e não dos dados em si, os quais não estão cobertos por sigilo.

2.5.3 A Lei Complementar n. 105/2001 e sua regulamentação

Como apresentado anteriormente, o art. 38 da Lei n. 4.595/64 era o único dispositivo que tratava sobre o sigilo bancário anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988. Com o advento desta nova Carta Magna, toda a legislação anterior que versava sobre temas que se tornaram matéria de lei complementar por estarem regulamentando hipóteses constitucionais, acabaram sendo recepcionadas e adquiriram status de lei complementar pela nova ordem jurídica constitucional. Isso se deu com o Código Tributário Nacional e também com a Lei n. 4.595/64, esta última por força do disposto no caput do art. 192 da Constituição,¹⁶⁸ impondo-se que somente por lei de igual hierarquia referidas normas poderiam ser alteradas.

Verificava-se, à época, crescimento do número de crimes contra a Administração Pública, contra o sistema financeiro e, também, práticas do denominado “crime organizado”, sendo que todos poderiam ser melhor combatidos com o acesso a informações bancárias dos indivíduos, demandando uma atualização do texto legal sobre a matéria do sigilo bancário, a fim de disciplinar de forma mais abrangente a matéria.

Depois de anos da apresentação do Projeto de Lei n. 5.215, em 1990, que visava atualizar as disposições do art. 38 da Lei n. 4.595, mas que não resultou em frutos, nem chegando a ser votada, iniciou-se no Senado Federal, em 1995, debate em torno da matéria, concretizados nos Projetos de Lei Complementar n. 219 (que representava uma reformulação completa e abrangente da disciplina do sigilo e que, por disciplinar de modo mais amplo a matéria, tramitou como principal, incorporando, posteriormente, elementos dos demais, bem como de emendas), n. 007 (apensado ao primeiro, e que dispunha “sobre a obrigatoriedade de prestação de informações à Secretaria da Receita Federal, por parte das instituições financeiras” e de outras empresas) e n. 053 (de 1997, que alterava os §§ 2º a 5º do art. 38 da Lei n. 4.595, e os arts. 18, 23 e 24 da Lei n. 7.492), de autoria, respectivamente, dos Senadores Lúcio Alcântara, José Eduardo Dutra e Antonio Carlos Magalhães, os quais propunham ampla revisão da disciplina do sigilo bancário, tendo em vista a defasagem do art. 38 da Lei 4.595/64.

¹⁶⁸ STJ, RHC 1.290/MG, 5ª T., un., rel. Min. Jesus Costa Lima, J. 16.09.1991, DJ 21.10.1991, RSTJ 36/113.

Em 03/02/1998, depois de aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e pela Comissão de Assuntos Econômicos (nesta depois de receber novas emendas), o projeto foi aprovado por unanimidade dos Senadores presentes no plenário do Senado Federal, basicamente com os mesmos contornos da lei atual, e remetido à Câmara, onde recebeu o n. 220/98. Após demorada tramitação e amplos debates, especialmente sobre a questão da quebra de sigilo bancário sem prévia autorização judicial por parte das autoridades fazendárias e do Ministério Público, o projeto foi aprovado na Câmara em 06/12/2000 (como parte de um pacote legislativo que visava propiciar recursos para o aumento do salário-mínimo), e, retornando ao Senado, foi aprovado em 13/12/2000 com a rejeição de várias alterações propostas pela Câmara, para as quais se retornou à redação aprovada no primeiro turno de votação. Por fim, em 10/01/2001, a Lei Complementar n. 105 (“LC 105”) foi sancionada pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso.

O texto da LC 105 e suas conceituações demonstram que inexiste uma determinação absoluta ou consensual acerca do que está ou não abrangido pelo sigilo bancário. Enquanto a maioria dos países possuem proteção em relação a dados bancários, *“a determinação dos limites dessa proteção e sua extensão somente poderá dar-se à luz do exame da Constituição e da legislação vigentes em cada ordenamento em um momento determinado, o que dependerá dos critérios políticos de valoração”*.¹⁶⁹

A LC 105 foi sancionada com 13 artigos, sem alterações nestes 16 anos de vigência, e dispõe sobre “o sigilo das operações das instituições financeiras e dá outras providências”, constando no caput de seu art. 1º (o qual repete *ipsis litteris* o caput do art. 38 da Lei n. 4.595, de 1964, revogado pelo art. 13 da LC 105) o enunciado que norteará toda a norma, no sentido de que *“as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados”*.

A redação adotada refere-se às operações ativas e passivas como aquelas típicas e essenciais da atividade bancária, de natureza e função creditícia, bem como adota a expressão “serviços prestados” para abranger todas as demais atividades e negócios possíveis de serem desempenhados pelas instituições financeiras. Não se pode admitir que a referência a esses serviços visava abarcar apenas atividades acessórias bancárias, uma vez que as instituições listadas nos incisos I a XIII do §1º do art. 1º não são apenas as bancárias, estando ali previstas instituições financeiras que possuem como atividade principal outros serviços, sem caráter creditício, necessários para a execução de uma gama de operações, que

¹⁶⁹ BALTAZAR Júnior, José Paulo. “Considerações sobre o Sigilo Bancário”. Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 36, p. 125.

vão desde a custódia de um título público, passando pela negociação e registro de valores mobiliários e incluindo a administração de garantias e liquidação (física e financeira) de operações.

Cumpra observar que nem todas as instituições relacionadas nos incisos I a XIII do §1º do art. 1º são, em sua natureza, instituições financeiras propriamente ditas, segundo as disposições dos arts. 17 e 18, §1º da Lei n. 4.595, de 1964.¹⁷⁰ Algumas são a elas equiparadas, como as bolsas de valores, mercadorias e futuros (inciso XI), as entidades de liquidação e de compensação (inciso XII) e outras entidades não expressamente previstas, como as centrais depositárias, todas exercendo atividades de infraestrutura para o mercado de capitais, e não sendo, de fato instituições autorizadas a funcionar pelo Bacen, mas sim atividades autorizadas por referida autarquia. Esta última diferença é de suma importância, uma vez que entidades com atividades autorizadas podem acumulá-las em uma única instituição, ao passo que instituições autorizadas devem manter sua estrutura segregada.

De todo modo, a LC 105 acaba por definir um conceito próprio para “instituições financeiras” no §1º do art. 1º, ao estabelecer que compõem tal definição, para os efeitos da LC 105, as instituições relacionadas em seus incisos. Assim, sempre que se referir a uma instituição financeira no âmbito da LC 105, deve-se observar este conceito próprio, e não o da legislação bancária.

¹⁷⁰ “Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, **as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.**

Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual.

Art. 18. As instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central da República do Brasil ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras.

§ 1º Além dos estabelecimentos bancários oficiais ou privados, das sociedades de crédito, financiamento e investimentos, das caixas econômicas e das cooperativas de crédito ou a seção de crédito das cooperativas que a tenham, também se subordinam às disposições e disciplina desta lei no que for aplicável, as bolsas de valores, companhias de seguros e de capitalização, as sociedades que efetuam distribuição de prêmios em imóveis, mercadorias ou dinheiro, mediante sorteio de títulos de sua emissão ou por qualquer forma, e as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam, por conta própria ou de terceiros, atividade relacionada com a compra e venda de ações e outros quaisquer títulos, realizando nos mercados financeiros e de capitais operações ou serviços de natureza dos executados pelas instituições financeiras.

§ 2º O Banco Central da República do Brasil, no exercício da fiscalização que lhe compete, regulará as condições de concorrência entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos com a aplicação da pena (Vetado) nos termos desta lei.

§ 3º Dependem de prévia autorização do Banco Central da República do Brasil as campanhas destinadas à coleta de recursos do público, praticadas por pessoas físicas ou jurídicas abrangidas neste artigo, salvo para subscrição pública de ações, nos termos da lei das sociedades por ações.”

Todas as instituições financeiras têm o dever de manter o sigilo de suas operações ativas e passivas e serviços prestados (que serão denominadas em conjunto, para fins de fluidez do trabalho, de “operações financeiras”), por expressa disposição legal, devendo a obrigação de manter sigilo ser entendida e interpretada da forma mais ampla possível em relação às informações atinentes às operações financeiras, uma vez que a LC 105 não delimitou quais informações deveriam ou não estar sujeitas ao sigilo,¹⁷¹ devendo ser consideradas e resguardadas tanto as informações preliminares e antecedentes às operações, bem assim as informações cadastrais, quanto as informações relativas às operações efetivamente realizadas e aquelas que componham o aspecto econômico-financeiro dos indivíduos.

Isso porque a LC 105, inclusive em linha com ao art. 5º da CF 88, acaba por estabelecer como regra geral o sigilo bancário das informações financeiras detidas pelas instituições financeiras em relação aos seus clientes,¹⁷² determinando as hipóteses específicas segundo as quais tais informações podem ser prestadas a órgãos da administração direta (RFB) ou indireta (BC e CVM), previstas nos §§3º e 4º do art. 1º, bem assim nos arts. 2º a 7º e 9º da LC 105, as quais devem ser interpretadas restritivamente.¹⁷³ A prestação destas informações pelas instituições financeiras, tratada pela LC 105 como sendo “quebra de sigilo” deve, contudo, ser objeto de crítica.

Isso porque, conforme anteriormente detalhado neste capítulo, o interesse público permitiria que a administração pública tivesse acesso a informações financeiras dos contribuintes, diretamente ou por meio de instituições financeiras, para a consecução de objetivos do Estado. E isso seria reforçado pelo fato de que as informações econômico-financeiras não se encontram no núcleo duro da privacidade, que é a intimidade dos

¹⁷¹ HAGSTROM, Carlos Alberto. Comentários à Lei do Sigilo Bancário. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editora, 2009, p. 192.

¹⁷² “Com a devida vênia, ao que parece a proteção da lei é ampla, incluindo empréstimos, depósitos, descontos, valores recebidos por quem não é correntista, ou não mantém contrato com o banco, e mesmo informações pré-contratuais, tais como dados constantes de cadastro por quem solicita crédito bancário”. BALTAZAR Júnior, José Paulo. “Considerações sobre o Sigilo Bancário”. Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 36, p. 123.

¹⁷³ BALTAZAR Júnior, José Paulo. “Considerações sobre o Sigilo Bancário”. Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 36, p. 123-125. Referido autor ainda esclarece que as hipóteses de quebra poderiam ser agrupadas em 7 conjuntos, da seguinte forma: “1. Troca ou fornecimento de informações para fins privados (art. 1º, §3º, I e II) — regulamentada aqui prática já existente sob a égide da legislação anterior, mas não regulamentada pelo art. 38 da Lei 4.595/64; 2. Acesso a informações para a fiscalização do sistema financeiro nacional (arts. 2º e 7º); 3. Comunicações para fins de investigação criminal ou administrativa (arts. 1º, §3º, IV; 2º, §6º; e 9º); 4. Informações determinadas pelo Poder Judiciário (arts. 1º, §4º; 3º e 7º); 5. Informações e documentos necessários ao exercício do Poder Legislativo ou para investigação por Comissão Parlamentar de Inquérito (art. 4º); 6. Informações de interesse da fiscalização tributária (arts. 1º, §3º, IV; 5º e 6º); e 7. Consentimento do interessado”.

indivíduos, podendo, portanto, ser acessadas em razão de interesse público e estatal, não resultando em afronta a direito fundamental. Assim, falar em “quebra” do sigilo, seria incorreto, uma vez que representaria a quebra, a afronta, a violação ao direito de resguardo e de não-prestação da informação pelo indivíduo ou por terceiros que tivessem o dever de guarda e proteção dessa informação (no caso, as instituições financeiras).¹⁷⁴ E, no caso das exceções previstas na LC 105, a faculdade do sigilo permanece, o direito à proteção está resguardado, mas nos termos do que dispõe a legislação, e esta excepciona expressamente o sigilo (perante determinadas autoridades), não havendo ali direito à proteção ou à não-informação. Pelo contrário, conforme se verá, a regulamentação do art. 5º prevê penalização daqueles que não prestarem ou prestarem de forma irregular as informações às autoridades requisitantes autorizadas por lei.

Assim, e para que se possa coadunar o entendimento exposto no presente trabalho com o texto da LC 105 e de sua regulamentação, onde se lê “quebra de sigilo”, dever-se-á interpretar como “afastamento do sigilo em razão de lei, com possibilidade de acesso à informação, desde que não se afronte o núcleo da intimidade, respeitando-se o direito fundamental à privacidade”.

A LC 105, nesse sentido, aprimora o resguardo ao direito à privacidade, instituindo os requisitos, procedimentos e limites para que o Estado possa acessar informações econômico-financeiras dos contribuintes diretamente junto às instituições financeiras que lhes prestam serviços, e que, portanto, concentram a informação de forma mais ordenada e mais fácil acesso. Esse acesso às informações financeiras visa assegurar a distribuição equitativa do custeio dos gastos públicos, tendo em vista que para uma verificação das rendas do contribuinte e de sua situação patrimonial pode não ser suficiente a exibição dos saldos médios anuais e dos saldos ao final do ano calendário diretamente pelos contribuintes.¹⁷⁵ Os princípios da equidade e da manutenção do Estado de Direito ganham musculatura, assim, em face do direito fundamental à privacidade, sendo que este, contudo, não precisa ser afastado, mas acaba por ser delimitado, conforme visto anteriormente.

Tal sopesamento, para fins de interpretação das normas constitucionais, é levado a cabo por meio do princípio da ponderação, que se vincula ao princípio da proporcionalidade

¹⁷⁴ “*Note-se que, em qualquer caso, as informações prestadas ou os dados apurados pela fiscalização encontram-se amparados pelo sigilo fiscal (§ 5o do artigo 5o), ficando a quebra do sigilo bancário fora das hipóteses autorizadas, assim como o uso indevido das informações cobertas pelo sigilo fiscal, por servidores públicos, sujeitos às sanções penal, civil e administrativa. [...]*” (grifos nossos). [Fls. 270-273 do Acórdão do TRF 3ª Região relativo ao RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.314 SÃO PAULO].

¹⁷⁵ Ementa da decisão do Tribunal Constitucional Espanhol STC 110/1984, de 26-11.

(método da ponderação dos interesses, tendo também relevância o princípio da razoabilidade).¹⁷⁶ O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade decorre do princípio do devido processo legal, constitucionalmente garantido no art. 5º, LIV e LV da CF.

Segundo Gilmar Mendes,

a doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.¹⁷⁷

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, também considerado como sendo da proibição de excesso, envolve a apreciação da necessidade e da adequação da providência legislativa. Como subprincípios, a apreciação exigiria que “*as medidas intentivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos*”, enquanto que a necessidade significaria que “*nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos*”.¹⁷⁸ Ainda aqui, nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello e José Carlos Barbosa Moreira.¹⁷⁹

O legislador, conhecedor das discussões já havidas desde a CF 88 (*vis a vis* o art. 38 da Lei 6.385/76), restou por trazer um diploma legal minucioso em requisitos e limites a serem observados para fins de permitir o acesso da administração tributária às informações financeiras dos contribuintes diretamente nas instituições financeiras, contido na LC 105, arts. 5º e 6º, em especial. Dentre tais artigos, conforme será visto na sequência, o art. 5º

¹⁷⁶ “Como parâmetro de valoração dos atos do Poder Público, levando-se em conta não só os motivos (circunstâncias de fato), os meios e os fins a serem atingidos como, ainda, os valores fundamentais da organização estatal, explícitos ou implícitos, como a ordem, a segurança, a paz, a solidariedade. Do princípio da proporcionalidade extraem-se os requisitos (a) da adequação, consoante o qual as medidas adotadas pelo Poder Público devem mostrar-se aptas a atingir os objetivos visados; (b) da necessidade ou da exigibilidade, impondo a aferição da ausência de meio menos gravoso para o atingimento dos fins visados; e (c) da proporção em sentido estrito, exprimindo a ponderação entre o ônus decorrente do ato e o benefício trazido, para verificar se se justifica a interferência na esfera dos direitos do cidadão”. BARBEITAS, André Terrigno. O sigilo bancário e a necessidade de ponderação dos interesses. São Paulo, Malheiros, 2003, p. 70.

¹⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10a Edição revista e atualizada. São Paulo, Saraiva, 2015.

¹⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10a Edição revista e atualizada. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 225 a 227.

¹⁷⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual (sexta série). São Paulo, Saraiva, 1997, p. 113: “Sabemos que as normas jurídicas em geral, e as normas constitucionais em particular, se articulam num sistema, cujo equilíbrio impõe que em certa medida se tolere detrimento aos direitos por elas conferidos. Os interesses e valores que as inspiram não raro entram em conflito uns com os outros, de tal sorte que se torna impraticável dispensar a todos, ao mesmo tempo, proteção irrestrita. Para assegurar a harmonia do conjunto, é imperioso reconhecer que eles se limitam reciprocamente de modo inexorável” e que o princípio da proporcionalidade visa à “ponderação comparativa dos interesses em jogo”.

permite o acesso a uma gama de informações contínuas e ordenadas, que permite à administração tributária conhecer os montantes globais movimentados, mas sem identificar origem dos recursos e natureza dos gastos. Estas limitações, talvez relevantes para o resguardo do direito à privacidade dos contribuintes em relação às operações realizadas e tributação incidente, não auxilia, por outro lado, a que se tenha um conhecimento mais detalhado das operações a mercado (mesmo que prestadas em montantes globais). Esta discussão será conduzida no Capítulo III, mas por ora cumpre analisar os arts. 5º e 6º (este último, de fato, muito mais voltados à arrecadação).

A razão de introdução do conteúdo do art. 5º da LC 105 no sistema jurídico era o de permitir que a então SRF detivesse informações sobre as então denominadas contas “laranjas” existentes junto às instituições financeiras e que serviam para movimentar elevados valores, de origem não-justificada, no sistema financeiro, os quais serviam (i) para fins de sonegação e de corrupção; (ii) como instrumento de lavagem de dinheiro das quadrilhas organizadas que atuavam nas atividades de contrabando, narcotráfico, comércio ilegal de moedas estrangeiras e outras especialidade; (iii) para auxiliar nos descaminhos dos processos de evasão de dívidas do país. O projeto, que resultou na LC 105, não era entendido como subversor da garantia constitucional da inviolabilidade dos dados e tampouco promovia a quebra do sigilo bancário, uma vez que determinava, em lei, a mera transferência da guarda das informações sobre as operações financeiras mantidas pelas instituições financeiras para a SRF, a qual deveria observar, em qualquer hipótese, estritamente os termos do art. 198 do CTN.¹⁸⁰

Neste sentido, o art. 5º determina que as instituições financeiras deverão prestar à administração tributária da União (em outras palavras a Receita Federal do Brasil, não estando aqui incluídas as administrações tributárias de outros entes da federação) informações sobre as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços, nos termos da regulamentação editada pelo Poder Executivo, a qual disciplinará (i) periodicidade, (ii) limites de valores e (iii) critérios segundo os quais as informações serão prestadas.

Os §§ do art. 5º trazem as definições e delimitações necessárias à sua interpretação. O §1º relaciona o que são consideradas operações financeiras para os fins da LC 105,

¹⁸⁰ “Apesar desse expediente ser desconhecido da maioria da população brasileira, o uso das contas denominadas “laranjas” constitui-se um artifício bastante conhecido no submundo do crime organizado, da sonegação e da corrupção que necessita movimentar elevados valores, de origem não justificada, no sistema financeiro”. Enxerto do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 182, de 1994, reproduzido no Projeto de Lei do Senado n. 07, de 1995.

incluindo as “*aquisições e vendas de títulos de renda fixa ou variável*” (inciso VII), as “*aplicações em fundos de investimentos*” (inciso VIII), as “*operações com ouro, ativo financeiro*” (inciso XII), e “*quaisquer outras operações de natureza semelhante que venham a ser autorizadas pelo Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários ou outro órgão competente*” (inciso XV). Todas estas operações financeiras realizadas no âmbito do mercado de capitais correspondem a operações de renda variável em ambientes de bolsa ou com liquidação futura em balcão organizado.

Já o §2º delimita o conteúdo da informação a ser prestada como aquela relacionada a (i) identificação dos titulares das operações e (ii) montantes globais mensalmente movimentados, sendo expressamente vedada a inserção de “*qualquer elemento que permita identificar a sua origem [dos recursos] ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados*”. Contudo, o §3º veda a inclusão de informações referentes a operações financeiras efetuadas pelas administrações diretas e indiretas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, uma vez que tais entes estariam fora da jurisdição da RFB.

E, caso a RFB identifique por meio das informações prestadas indícios de (i) falhas, incorreções ou omissões, ou (ii) cometimento de ilícito fiscal, o §4º autoriza a “*autoridade interessada*” a requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar “*fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos*”. Aqui reside uma inconsistência na norma: isso porque o caput do art.5º delimita a possibilidade de prestação continuada de informações financeiras pelas instituições financeiras apenas à “*administração tributária da União*”, e não aos demais entes da federação, razão pela qual apenas a RFB poderá detectar indícios de irregularidades com base nas informações prestadas, não devendo o legislador ter adotado neste § o termo genérico “*autoridade interessada*”.

Por fim, o §5º do art. 5º, à semelhança do que dispõe o parágrafo único do art. 6º, determina que as informações prestadas à administração tributária serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor. Este é o primeiro dispositivo que se refere expressamente ao termo “*sigilo fiscal*” para tratar do dever do fisco (vinculado a qualquer dos entes da federação) em conservar o sigilo sobre as informações financeiras (bem assim outras informações a que tenha acesso) dos contribuintes. Vale citar entendimento de James Marins, para quem, englobando não apenas as informações acessadas pelo fisco, mas também qualquer tipo de dado sujeito à proteção própria do art. 5º, XII, da CF 88, o sigilo de dados e informações é garantido na Constituição Federal e engloba o direito ao sigilo bancário e fiscal:

O sigilo bancário e fiscal é limitação relacionada com o sigilo de dados, encontrado no art. 5º, X e XII da Constituição Federal de 1988, e que se estende à atividade fiscalizatória da Administração tributária. É, portanto, garantia individual que limita a atividade de fiscalização da Administração tributária ao não permitir que no bojo de procedimento ou Processo Administrativo haja quebra do sigilo constitucional ínsito aos dados bancários e fiscais dos contribuintes, especialmente expresso no art. 198 do CTN.¹⁸¹

Conforme previsão do caput do art. 5º da LC 105, este restou regulamentado pelo Decreto n. 4.489, de 28/11/2002, o qual, em seu art. 2º, determina que as informações sobre as operações financeiras efetuadas pelos usuários dos serviços das instituições financeiras devem ser por esta prestadas à RFB (i) continuamente; (ii) em arquivos digitais; (iii) de acordo com as especificações definidas pela RFB; (iv) como informes, relativos a cada usuário, relacionados com (a) a identificação dos titulares das operações e (b) os montantes globais mensalmente movimentados; e (v) sem a inserção de qualquer elemento que permita (a) identificar a sua origem [da informação] ou (ii) a natureza dos gastos efetuados (estas duas restrições existem não para que a informação não possa ser prestada, mas sim para resguardar a anonimização das informações em outras situações que não as que autorizaram o seu fornecimento ao fisco).

Esse artigo também dispõe, em seus parágrafos, que (i) as instituições financeiras devem conservar todos os documentos contábeis e fiscais relativos às operações informadas, pelo prazo que perdurar o direito da Fazenda Pública constituir créditos tributários (§2º); (ii) a identificação dos contribuintes deve se dar pelo CPF, pelo CNPJ ou pelo número ou elemento identificador utilizado pela instituição financeira (§3º); e (iii) mesmo que a operação não seja registrada em conta corrente, deve ser informado o número de registro ou controle existente (para que a operação possa ser identificada/localizada).

O art. 3º traz a definição do que seja “montante global mensalmente considerado” para cada uma das operações mencionadas no rol de que trata a LC105, especificando, no inciso VI, VIII e XI, o somatório dos valores (e não quantidades) considerados nas aquisições e vendas de títulos de renda fixa ou renda variável nas operações à vista, de opções, futuros e swap, nas aplicações em fundos de investimento e nas aquisições ou vendas de ouro, ativo financeiro.

¹⁸¹ MARINS, James. Direito Processual Tributário Brasileiro. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 247.

É relevante destacar que, embora possa ter acesso às informações sobre somatório de valores das operações e aplicações em cada um desses mercados e ativos, a RFB não possui, de um lado, a informação completa para apurar eventual imposto de renda devido, uma vez que há vedação, nos termos do art. 5º, §2º, da LC 105, à identificação de origem ou natureza dos gastos, razão pela qual não se pode detalhar as operações e ativos (como, por exemplo, o somatório de vendas de uma determinada ação, ou o somatório de prêmios de determinada série de opções); e, de outro, também não consegue extrair do mercado, por meio dessa sistemática, informações suficientes para exercer na plenitude sua competência de auxílio à criação e desenvolvimento da norma tributária (conforme será visto no próximo capítulo), uma vez que, por exemplo, a divisão em mercados contida no inciso VI do art. 3º não contempla os mercados a termo, nem as operações em mercado secundário realizadas com cotas de alguns tipos especiais de fundos, como os fundos imobiliários e os fundos de índice.

A utilização da sistemática adotada pela LC 105 de subsidiar a RFB com elementos suficientes para apurar a existência de indícios de descumprimento da legislação tributária é ineficiente, uma vez que mantém algumas informações veladas, ao passo que exige, para fins de apuração do crédito tributário devido, a identificação efetiva das informações necessárias à reconstituição das bases tributáveis. Restringe informações e mantém gastos com fiscalizações. Além disso, as informações detalhadas sobre os investimentos realizados pelos contribuintes, como custos de aquisição, somatórios envolvidos e quantidades detidas e alienadas, já são obrigatoriamente prestadas à RFB anualmente, na DAPF, não parecendo razoável que o fisco não possa solicitar às instituições financeiras as mesmas bases de informações que já deveriam ser detidas pela RFB.

Retornando à análise do Decreto n. 4.489, este ainda dispõe sobre (i) os valores mínimos considerados no mês até os quais as instituições financeiras podem (e não devem) desconsiderar as informações para fins de prestação (R\$5.000,00 e R\$10.000,00, respectivamente, para as pessoas físicas e pessoas jurídicas), sendo certo que a RFB possui competência para alterá-los e instituir limites semestrais e anuais, bem como em relação a determinadas modalidades de operações (arts. 4º e 5º); (ii) a forma de apuração de indícios de irregularidade, mediante requisição de informações e documentos e instauração de procedimento fiscal (art. 6º); (iii) a possibilidade de utilização das informações para instauração de procedimento fiscal objetivando verificar a existência de crédito tributário (art. 7º); (iv) as penalidades para a não-prestação de informações ou o fornecimento de informações inexatas, incompletas, falsas ou tardias (art. 8º); (v) as punições para os servidores públicos conhecedores das informações, que podem ser desde demissão até

responsabilização civil e criminal, em decorrência de qualquer conduta que viole o dever de sigilo (arts. 9º, 10 e 11); e (vi) o procedimento para reclamação do sujeito passivo em decorrência de uso indevido das informações ou abuso da autoridade requisitante.

Vale destacar que o art. 6º do Decreto n. 4.489, embora esclareça sobre o procedimento que será adotado quando da detecção de irregularidades ou ilícitos com base nas informações prestadas, não restringe a adoção dessas informações apenas a tais verificações e consequentes utilizações em fiscalizações. E não poderia ser diferente, uma vez que nem o art. 5º e nem Decreto que o regulamenta restringem a finalidade que será dada pela RFB às informações financeiras prestadas continuamente pelas instituições financeiras. Efetivamente colocam limites à forma e conteúdo dessas informações, e especificam alguns consequentes da utilização dessas informações pela RFB, mas não definem ou delimitam o seu emprego, devendo-se, portanto, interpretar que todas as competências da RFB poderão fazer uso dessas informações, observado o sigilo fiscal.

Por seu turno, e tratando novamente da LC 105, o seu art. 6º trata especificamente dos procedimentos de fiscalização (fiscalização pontual, intermitente) levados a efeito pelas autoridades tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ao contrário do art. 5º, que versa sobre a prestação continuada de informações apenas à RFB. Determina referido artigo que as autoridades tributárias *“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 destacada condição de extrema importância para a condução desses exames: *“sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente”*.

O art. 6º, embora não haja previsão expressa para tanto na LC 105, acabou por ser regulamentado para o fim de se detalhar os procedimentos administrativos a serem observados para fins de requisição e exame dos documentos e informações entendidos como pertinentes pela autoridade tributária. A regulamentação foi concretizada por meio do Decreto n. 3.724, de 10/01/2001 (alterado pelos Decretos n. 6.104, de 2007, e 8.303, de 2014), que, dentre outras providências, institui o Termo de Distribuição do Procedimento Fiscal (TDPF, art. 2º), que sempre deve ser emitido por Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, e a Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF, art. 4º), meio pelo qual é formalizada a requisição de informações.

Todas as requisições de informação deverão ser previamente enviadas ao sujeito passivo e, prestadas direta ou indiretamente, poderão ser *“objeto de verificação”* nas

instituições financeiras, BC, CVM ou em outras bases de informações disponíveis na RFB (art. 4º, §§3º e 4º). Além disso, a RMF será expedida com base em relatório circunstanciado, que deverá ser motivado e demonstrar, com clareza e precisão, observado o princípio da razoabilidade (art. 4º, §§5º e 6º),”tratar-se de situação enquadrada em hipótese de indispensabilidade (previstas nos incisos do caput do art. 3º, dentre elas “IV — omissão de rendimentos ou ganhos líquidos, decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa ou variável”.¹⁸²

As informações requisitadas por meio de RMF devem se ater a “dados constantes da ficha cadastral do sujeito passivo”, não sendo solicitadas informações adicionais que interferiam na vida privada do contribuinte, e “valores, individualizados, dos débitos e créditos efetuados no período” (art. 5º). Reforça o Decreto, ainda, que as informações não-utilizadas deverão obrigatoriamente ser “entregues ao sujeito passivo, destruídas ou inutilizadas” (art. 5º, §2º).

Em qualquer hipótese dos referidos dispositivos, o sigilo das informações prestadas ao fisco é sempre sujeito ao denominado “sigilo fiscal”, ou seja, a obrigação da administração tributária em manter o sigilo das informações que lhe são confiadas pelos contribuintes e pelas instituições financeiras. Este sigilo, que em relação ao art. 198¹⁸³ do CTN é apenas extraído por interpretação, resta expressamente previsto nos arts. 5º, §5º, e 6º, parágrafo único, da LC 105, bem assim dos arts. 7º dos Decretos n. 4.489/2002 e 3.724/2001, com previsão expressa de punição aos servidores da RFB que não se portarem de acordo com o que prevê suas funções, nos termos dos mesmos decretos acima citados, respectivamente, arts. 9º a 11 e arts. 8º a 11.

No que concerne à administração tributária, a LC no 105/01 estabeleceu o dever de informação, acerca de operações financeiras, mas restrito ao necessário para a identificação dos titulares das operações e dos 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 (§ 2o). Para o exercício desta competência, é que se permite, diante

¹⁸² É pertinente apontar que, embora possa haver indícios de que há omissão de rendimentos ou ganhos líquidos, com base em informações recebidas pela RFB com base no art. 5º da LC 105, que compreende, por exemplo, as informações dos relatórios do IRRF sobre ganhos líquidos em bolsa (“dedo-duro”), a RFB acaba por se basear sempre em informações de montantes globais movimentados, os quais nem sempre correspondem a ganhos líquidos. Assim, afirmar que é indispensável à RFB iniciar um procedimento fiscal e emitir uma RMF porque a hipótese mostra-se de indispensável exame, acaba por ser uma falácia, uma vez que em toda e qualquer operação de ganho líquido a RFB não terá como afiançar ter informações suficientes para separar “o joio do trigo”.

¹⁸³ “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”.

das informações prestadas e da efetiva necessidade/indispensabilidade, apurada em prévio processo administrativo ou procedimento fiscal em curso, o exame de documentos, livros e registros de instituições financeiras pelas autoridades competentes (artigo 6º).

Importante também analisar, sob a ótica da LC 105, o que efetivamente ocorre com relação ao sigilo sobre as informações bancárias prestadas para o fisco (ou outros reguladores): este resta por ser transferido (o dever de sigilo bancário) juntamente com a informação, passando a ser tratado como sigilo fiscal. A legislação vigente prevê o acesso de forma administrativa a dados bancários pela Receita Federal no exercício da Fiscalização, prevendo também as hipóteses que não se constitui quebra de sigilo bancário. A troca e informações bancárias para o fisco, uma vez observados os requisitos, procedimentos e limites legais, não constitui hipótese de quebra de sigilo.

Assim, é possível considerar que a troca de informações bancárias para o fisco é apenas mais uma forma da autoridade competente exercer o seu papel de fiscalização, não constituindo assim, quebra de sigilo bancário, uma vez que estas informações continuariam sob sigilo. O que ocorre na realidade é apenas uma troca de sigilo bancário para sigilo fiscal.

Cumprindo ainda observar que sempre que a LC 105 e sua regulamentação tratam sobre a prestação de informações pelas instituições financeiras, pressupõe-se que tais informações são prestadas, em nome da pessoa jurídica, mas executada por pessoas físicas com competência e poderes para fazê-lo, até porque, caso sejam prestadas com conteúdo ou procedimento inadequado, poderá configurar-se efetiva quebra de sigilo pela instituição financeira, sujeitando os seus responsáveis (e não necessariamente os executores internos) à penas de reclusão, de um a quatro anos, e multa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis (cíveis, em termos de reparação, e administrativas).

2.6 Entes com acesso às informações e diferenças de acesso

2.6.1 Formas de acesso às informações pela administração tributária e suas limitações

Conforme visto no item anterior, as administrações tributárias podem, nos termos da LC 105, ter acesso às informações financeiras de operações realizadas pelos clientes de instituições financeiras diretamente por meio destas, seja de forma contínua à administração tributária da União (consoante art. 5º), seja em razão de fiscalizações específicas conduzidas pelas administrações tributárias da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (segundo o art. 6º).

Uma vez observados os requisitos previstos na legislação, não há que se falar em prestação indevida das informações à administração tributária, em especial à federal, que acaba, por disposição legal, por possuir mais meios de acesso a tais informações, em especial por serem informações relevantes para a verificação da regularidade de recolhimento do imposto de renda.

Os arts. 5º e 6º da LC 105, bem assim os Decretos que os regulamentam (respectivamente, 4.489, de 2002, e 3.724, de 2001, este último com as alterações introduzidas pelos Decretos n. 6.104, de 2007, e 8.303, de 2014) delimitam com precisão as hipóteses de prestação e qualidade da informação a ser prestada, não representando uma devassa das informações e da própria vida privada dos indivíduos. Não haveria que se falar, assim, em invasão do núcleo da privacidade do indivíduo, mas apenas acesso a uma determinada gama de informações do contribuinte que (i) permitam o acompanhamento de parcela da sua dimensão econômico-financeira e (ii) se mostrem necessárias em eventual procedimento de fiscalização específico, quando o exame for considerado indispensável.

Assim, de forma objetiva, a RFB (como órgão da administração pública federal responsável pela administração tributária da União) pode acessar, por meio das instituições financeiras, as informações individualizadas dos contribuintes, incluindo aquelas referentes a operações de renda variável em bolsa ou de liquidação futura em balcão (incisos VII, VIII, XII e XV do art. 5º da LC 105), que se enquadram nos seguintes critérios e situações:

- (i) **Fiscalização continuada (ou supervisão), nos termos do art. 5º da LC 105:** informações de identificação dos titulares de operações financeiras (por meio de CPF ou CNPJ) e dos montantes globais por eles mensalmente movimentados (acima de R\$5.000,00 para pessoas físicas e R\$10.000,00 para pessoas jurídicas), correspondendo, para as operações com títulos de renda fixa ou variável, aplicações em fundos de investimento e ouro ativo financeiro, ao somatório dos valores resultantes de cada tipo dessas operações. Em qualquer hipótese, é vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a origem dos recursos ou a natureza dos gastos efetuados. E, uma vez recebida a informação pela RFB, apenas se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, é que a apuração dos fatos dar-se-á mediante (a) requisição dos elementos e dos documentos necessários; ou (ii) procedimento fiscal.

- (ii) **Fiscalização específica, nos termos do art. 6º da LC 105:** informações contidas em documentos, livros e registros das instituições financeiras, inclusive de contas de depósito e aplicações financeiras, desde que haja processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, e que forem informações consideradas indispensáveis (observado o princípio da razoabilidade), como no caso de *“omissão de rendimentos ou ganhos líquidos, decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa ou variável”*. Tais informações (de valores individualizados dos débitos e créditos efetuados no período da apuração) podem ser atendidas diretamente pelo contribuinte, ou poderão ser objeto de verificação nas instituições financeiras, inclusive por intermédio do BC e da CVM, por meio de Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF).

Assim, seja quanto ao procedimento a ser observado para sua prestação ou requisição, forma de captura, ou requisitos a serem atendidos para obtenção da informação, a RFB não atua de forma discricionária, sendo seus atos vinculados, devendo ser fundamentado e cumprir procedimento próprio previsto no Decreto n. 3.724/2001. Evidente que o acesso a essas informações permite ao fisco traçar com maior reforço o contorno econômico-patrimonial do contribuinte, mas deve-se atentar para o fato de que as informações prestadas sob a égide da supervisão do art. 5º da LC 105 não são suficientes para, de forma isolada, permitirem a apuração da base de cálculo do imposto de renda; e o que dizer, então, de serem pertinentes para promover uma devassa na privacidade do contribuinte. Além disso, os procedimentos de fiscalização específico de que trata o art. 6º da LC 105 somente existirão e resultarão na coleta de informações quando (i) se verificar uma das hipóteses de indispensabilidade de serem acessadas previstas nos incisos do art. 3º do Decreto n. 3.724/2001, ou (ii) houver conhecimento, pelo BC ou CVM, sobre irregularidades e ilícitos administrativos, ou mesmo meros indícios de sua prática, que possam configurar infração à legislação tributária.

As hipóteses de acesso às informações de operações financeiras pelo fisco diretamente nas instituições financeiras, além de, por força de lei e regulamentação, serem restritas e observarem procedimentos específicos, somente resultam em fiscalizações específicas¹⁸⁴ se houver indícios de irregularidade e de infração à legislação tributária. É a

¹⁸⁴ Para fins de apuração de base tributária e cumprimento de obrigações fiscais, não se tratando aqui do uso dessas informações obtidas em supervisão para conhecimento e execução de outras funções da RFB, conforme se verá no Capítulo III.

RFB cumprindo com sua competência de fiscalizar e arrecadar os tributos devidos, não tendo por finalidade a captura desmedida e aleatória de informações, o que então configuraria sim violação ao direito fundamental da privacidade.

Mesmo assim, a RFB sofre questionamentos relacionados à legalidade de seu acesso a informações financeiras de contribuintes por meio das instituições financeiras, que tocam a constitucionalidade da LC 105 e sua regulamentação. Este tema será analisado adiante neste capítulo, mas antes importa analisar a base legal que permite ao BC e à CVM acessar as informações financeiras dos seus regulados, a fim de podermos ponderar diferenças entre as autorizações legais outorgadas a estas autarquias *vis a vis* as da RFB.

2.6.2 O acesso às informações financeiras pelo BC e pela CVM

O acesso às informações de operações financeiras pelo BC e pela CVM, diretamente junto às instituições financeiras, em relação aos regulados por cada uma dessas autarquias e de acordo com as suas correspondentes competências, também encontra guarida legal na LC 105.

Contudo, em relação ao BC e à CVM, a LC 105 parece atuar de forma inversa àquela adotada para tratar sobre o acesso pelas administrações tributárias, em especial a RFB. Isso porque considera que o BC e a CVM já possuem, de ofício e em razão de suas competências previstas nas Leis n. 4.595/74 e 6.385/76, acesso a informações obtidas no exercício de suas atribuições.

Ao contrário do que ocorre para a RFB, que a princípio não possui acesso a informações financeiras e, quando as acessa, deve manter o sigilo bancário até ali existente na forma de sigilo fiscal, a dinâmica para o BC, prevista na LC 105 é inversa: estende ao BC o dever de sigilo “*em relação às operações que realizar e às informações que obtiver no exercício de suas atribuições*”, inclusive em relação “*a contas de depósitos, aplicações e investimentos mantidos em instituições financeiras*” (art. 2º, caput e §1º).

O acesso às informações, de forma razoável e proporcional, de seus regulados pelo BC está intimamente relacionado às suas competências de supervisão e de fiscalização das instituições financeiras e do sistema financeiro como um todo, relativamente à sua função prudencial do sistema, fundamental para garantir a segurança jurídica das operações e das instituições, mitigar o risco sistêmico, promover a prevenção à lavagem de dinheiro, bem assim, e como consequência, para o fortalecimento do mercado de capitais. Sem contar a

necessidade de acesso às informações das operações que são realizadas para permitir a propositura e execução de políticas monetária, creditícia e fiscal.

Logo, o tratamento sigiloso reflete a postura adotada pelo BC desde sua origem, no sentido de resguardar o sigilo das informações obtidas de seus regulados, mesmo quando a lei era silente a respeito. Há também uma dimensão eminentemente econômica para esse sigilo: eventual divulgação sobre operações das instituições financeiras ou de seus clientes, bem como do próprio BC com seus reguladores (operações de recompra de títulos públicos, por exemplo), poderia gerar danos de imagem e ou de percepção sobre a situação financeira de determinadas instituições financeiras, o que poderia abalar a confiança do público e acarretar uma corrida bancária, criando ou agravando uma crise financeira particular ou do sistema.

Da mesma forma que ocorre com as administrações tributárias, não é objetivo do BC ter acesso a informações, mas sem estas suas atividades de fiscalização e supervisão ficariam comprometidas,¹⁸⁵ com consequências negativas para as atividades de auxílio na elaboração de políticas públicas, bem como aplicação de recursos de empréstimo, verificação sobre empréstimos vedados, exposição a risco, observância de limites operacionais e patrimoniais das instituições financeiras, existência de garantias, regras prudenciais, etc.

Para o exercício dessas competências o BC não poderia simplesmente confiar em seus regulados (seja para as informações próprias ou de clientes), e teria sua atuação prejudicada caso se considerasse a necessidade de se recorrer ao judiciário a cada informação que precisasse ser buscada. Eventual raciocínio no sentido de que o BC não pode ter acesso às informações financeiras de seus regulados levaria ao absurdo de se permitir que essa autarquia intervenha e liquide uma instituição financeira, assumindo seu comando, mas não podendo ter acesso prévio, para fins de fiscalização e supervisão às informações dessa instituição, atuação a qual poderia permitir o seu salvamento e a mitigação do risco sistêmico.¹⁸⁶

O BC supervisiona, fiscaliza e regulamenta um mercado complexo e de alta sensibilidade, com forte impacto para a coletividade. Uma vez que as instituições financeiras

¹⁸⁵ HAGSTRÖM, Carlos Alberto. Comentários à Lei do Sigilo Bancário. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editora, 2009, p. 278.

¹⁸⁶ É conferido ao BC e à CVM “*poder de acessar informações bancárias de clientes, no exercício de suas funções de fiscalização, na medida em que as tarefas de supervisão bancária, atribuídas aos citados órgãos, visam a atender o disposto no art. 192 da CF, segundo o qual, o sistema financeiro nacional deve ser estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade*”. CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. Sigilo bancário — à luz da doutrina e da jurisprudência. Curitiba, Juruá, 2007, p. 171.

desenvolvem uma atividade especialíssima, de interesse público, a informação precisa fluir deles para os reguladores (BC, no caso) para que estes possam intervir, na medida do necessário, com vistas à proteção do sistema financeiro e do bem comum.

A base legal que já previa o acesso do BC às informações de seus regulados está nos arts. 10, VIII, 11, 37 e 43, §8º, da Lei n. 4.595/64.¹⁸⁷ Ali estão contidas as competências do BC que demandam o acesso à informação. E a LC 105 reforçou essa possibilidade no art. 2º e §§, e estabeleceu nos arts. 3º, 4º, 7º, 8º e 9º a forma como o BC deveria se portar e lidar com as solicitações e intercâmbios dessas informações perante terceiros, em especial o Poder Judiciário.

Vale apontar, contudo, em que pese ser entendido que, nos termos do art. 2º da LC 105, 2001, é estendido o dever de sigilo ao BC “*em relação às operações que realizar e às informações que obtiver no exercício de suas atribuições*”, afastando-se, nos termos do §1º, a possibilidade de oposição de sigilo pelas instituições financeiras ao BC, uma vez que este tem o dever de manter sigilo em relação às suas operações e o direito de acesso às informações possuídas pelas instituições financeiras para apuração de ilícitos de ordem administrativa no âmbito de tais instituições”, a jurisprudência não tem caminhado de forma coesa em relação ao acesso pelo BC das informações dos clientes e dos administradores/funcionários de instituições financeiras. O STF, primeiramente, no âmbito do RE 461.366,¹⁸⁸ entendeu que o BC era competente para exercer sua função de fiscalização, inclusive nos termos da LC 105, mas que tal poder não se confundia com o poder de violar o sigilo bancário, entendendo pela sua incompetência nesse sentido; e, posteriormente, no âmbito do HC 87.167-4/Bahia, entendeu que o BC era sim competente

¹⁸⁷ Interessante notar que COVELLO (em sua obra “O sigilo bancário — com particular enfoque na sua tutela civil”. 2ª Ed. São Paulo, LEUD, 2001, p. 247 a 249) entende que o BC não pode ter acesso às notícias acobertadas pelo sigilo bancário, embora admita a possibilidade do BC “*vir a inteirar-se, ocasionalmente, do montante de uma ou outra conta (ou operação)*”. Esta visão é passível de crítica, uma vez que o citado autor adota uma posição “casuística” para a administração pública (em que pese indireta) representada pelo BC, que não se coaduna com o seu dever de tomar decisões vinculadas. Esta crítica se reforça por posição semelhante adotada pelo autor (em sua obra “Sigilo bancário”. São Paulo, Leud, 1991), quando, ao tratar sobre o sigilo das informações relativas a alguém ter ou não conta em banco, reitera a visão casuística ao ponderar que “*agora, a revelação de que determinada pessoa se vale dos serviços de caixa do Banco, não nos parece constituir violação do segredo, porque esse fato é corriqueiro, nos dias atuais. O Banco não é esconderijo*”. (grifos nossos)

¹⁸⁸ “*Ainda, de acordo com o entendimento do STF, consolidado ao longo de uma intensa prática decisória, a autoridade policial, o Banco Central (RE 461.366, julgado em 03.08.2007, Min. Marco Aurélio), outros órgãos do Poder Executivo, bem como os Tribunais de Contas não estão legitimados a quebrar o sigilo fiscal e o bancário e devem acessar a autoridade judiciária competente. Tal quadro, como se pode perceber, revela que o STF acabou, na prática, consagrando uma espécie de reserva de jurisdição relativa, objetivando um maior controle e rigor no campo das intervenções na esfera do sigilo fiscal e bancário*”. (grifos nossos). SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 4a Ed. ampl. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 446.

para conduzir inquéritos para fins de fiscalização e aplicação de penalidades a instituições financeiras e a seus administradores, podendo examinar os livros, documentos e acessar informações necessárias de ambos.

O mesmo raciocínio se aplica à CVM (art. 2º, §3º), “quando se tratar de fiscalização de operações e serviços no mercado de valores mobiliários”, inclusive nas instituições financeiras que sejam companhias abertas sob seu poder de regulação, com idênticos limites, ou seja, quando a CVM estiver desempenhando suas funções de fiscalização, compreendendo a apuração de ilícitos administrativos, como autorizam os arts. 8º e 9º da Lei 6.385/76.

A regra do art. 2º, §3º, não corresponde à redação originalmente proposta, que obrigava a CVM a solicitar as informações que entendesse pertinentes para suas atividades, inclusive as de fiscalização, ao Poder Judiciários, criando uma reserva de jurisdição (a qual, importante reforçar, não consta do art. 5º, X, da CF). Caso tal dispositivo tivesse sido assim, aprovado, a CVM teria os mesmos entraves operacionais para poder acessar as informações necessárias à consecução de suas competências e atividades, expressamente previstas na Lei n. 6.385/76.¹⁸⁹

Assim, a CVM pode ter acesso a informações dos seus regulados, inclusive das operações realizadas¹⁹⁰ por eles e seus clientes, desde que estejam no âmbito das atribuições da CVM previstas na Lei n. 6.385/76 (mesmo que sejam informações referentes à movimentação de contas bancárias, aplicações e investimentos). Por essa razão, e por se referirem expressamente aos inquéritos conduzidos pelo BC, não se aplicam à CVM o §1º, II, e §2º do art. 2º da LC 105. E, caso a CVM precise de informações de instituições sob o seu poder de fiscalização, mas que estejam na posse de entidades fora de seu poder de fiscalização (ou sendo decorrentes de atividades fora da competência da CVM, por mais que a instituição que as detenha esteja submetida à CVM em razão de outras atividades), tais informações terão de ser obtidas por meio do Poder Judiciário (art. 7º LC 105/2001). Isso não quer dizer que a CVM não pode ter acesso a tais informações, mas apenas que o meio para obtê-las é através do Poder Judiciário, uma vez que a hipótese prevista no art. 7º da LC

¹⁸⁹ “A regra é justificável, consideradas as atribuições da CVM e representa um esforço das disposições a ela conferidas pela lei 6.385, de 1976. De fato, apesar do disposto nos arts. 8º, 9º, 15 e 28 da mencionada lei, o problema dos limites do sigilo bancário ante aquela autarquia sempre foi tormentoso (ao menos à vista da redação original daquele dispositivo)”. HAGSTROM, Carlos Alberto. Comentários à Lei do Sigilo Bancário. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editora, 2009, p. 290.

¹⁹⁰ Cumpre destacar que perante a CVM não as instituições financeiras não são consideradas apenas como companhias abertas, mas também como participantes dos mercados organizados de valores mobiliários, em suas diversas funções, como corretoras e distribuidoras. Por essa razão, os seus clientes e as respectivas operações também são objeto de informações prestadas à CVM pelas instituições por ela reguladas.

105 é totalmente vinculada à competência da CVM prevista no art. 9º, IV, da Lei n. 6.385/76 (e que se refere a mais informações do que apenas aquelas sujeitas ao sigilo bancário).

Expostas as competências do BC e da CVM, cumpre tecer alguns comentários. O primeiro refere-se à percepção de que, nos termos da LC 105, o BC pode ter acesso a informações para promover políticas públicas, mas o mesmo não se aplica à RFB, quando se sabe (e será melhor abordado no Capítulo III), que também é da competência da RFB auxiliar na interpretação de normas e na criação de normas e políticas públicas em auxílio ao executivo e legislativo.

As atividades de BC, CVM e RFB possuem uma similitude: todas visam resguardar um bem maior (respectivamente, a segurança do sistema financeiro, a adequado funcionamento do mercado de capitais e a arrecadação necessária para o funcionamento do Estado), e todos esses bens possuem como denominador comum a proteção do interesse público e do interesse coletivo. Assim, todas deveriam ter acesso a um mesmo nível de informação necessário às suas competências. Há, porém, pela própria redação da LC 105, um tratamento diferenciado em relação à RFB, com menos e mais controlado acesso a informações (vale apontar os diversos meios de coleta de informações utilizados por BC e CVM em relação a seus regulados).

Interessante observar que BC e CVM não estão sujeitos aos requisitos e limitações impostas à administração tributária para acesso a informações financeiras. Certamente fiscalizá-las do ponto de vista regulatório não é competência da RFB, mas isso não quer dizer que tais informações não sejam importantes para a execução de competências como a de aprimoramento do sistema tributário, o qual demanda o acesso a informações (nem que seja consolidada) para fins de seu conhecimento e adequada elaboração e aplicação de normas, inclusive tributárias.

Ademais, a redação do art. 4º, §1º, incisos I e II, do Decreto n. 3.724/2001 demonstra como a RFB não possui o mesmo nível de informação que o BC e a CVM, tanto que há previsão expressa para que aquela solicite a estas informações, por meio de RMF, muito embora exista previsão legal (mas não em âmbito de lei complementar) autorizando a manutenção de um sistema de intercâmbio de informações relativas à fiscalização que exerçam CVM, BC, RFB, SPC e Susep, nas áreas de suas respectivas competências, especificamente para o mercado de valores mobiliários (art. 28 da Lei n. 6.385/76).

2.7 Influências externas

2.7.1 A visão da OCDE

Desde a crise financeira de 2008, os países do G-20 (entre eles o Brasil) passaram a apoiar o trabalho de três foros internacionais, dentre eles o que trata da transparência e intercâmbio de informações para fins tributários (denominado de “Fórum Global”).

O Fórum Global tem como foco de seus trabalhos a maior cooperação entre os países para o combate à evasão de tributos, além de monitorar e revisar a implementação de normas sobre transparência e troca de informações para fins fiscais.¹⁹¹ Essas normas se refletem principalmente no Acordo-Modelo sobre Troca de Informações em Matéria Fiscal e no Artigo 26 do Modelo de Convenção Fiscal sobre Rendimento e o Capital, tendo o Brasil firmado aquele acordo em novembro de 2012.

Os membros do Fórum Global são analisados quanto aos padrões internacionais de transparência. O Brasil já passou por uma primeira análise, tendo recebido uma avaliação positiva, mas com algumas recomendações para a melhoria do quadro legal, entre elas a inserção na legislação de certas exceções ao procedimento de notificação prévia para obtenção de informações sigilosas, em casos nos quais as informações solicitadas forem de natureza muito urgente ou a notificação for suscetível de comprometer a chance de sucesso do inquérito. Além disso, o Fórum Global entendeu que as hipóteses do Decreto que regulamenta a Lei Complementar 105/2001 constituem restrições ao acesso à informação e recomendaram que tal norma fosse alterada.¹⁹²

Além disso, em 1988, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”) e o então Conselho Europeu desenvolveram uma Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária (“Convenção”). Desde essa data, a OCDE tem capitaneado um processo para que a maior parte dos países do mundo (não apenas aqueles que sejam integrantes da OCDE, ou seja, não apenas os países desenvolvidos, mas também os “em desenvolvimento”) ratifiquem referida Convenção, a qual vem sendo aperfeiçoada e

¹⁹¹ “*The Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purpose*”. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/transparency/abouttheglobalforum.htm>. Acessado em 09 de outubro de 2016.

¹⁹² “Lei Complementar 105: Decisão sobre sigilo ameaça acordos”. In: Valor Econômico. Disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/2870626/decisao-sobre-sigilo-ameaca-acordos#ixzz29e7vaZ2m>. Acessado em 15 de outubro de 2016.

vem se consolidando como o mais importante instrumento global para fortalecimento da cooperação e combate à evasão tributária, à ocultação de ativos e à lavagem de dinheiro, que tornou viável a implementação do novo padrão para o intercâmbio automático de informações financeiras para fins tributários (“Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters”) e, sob a égide do projeto do G20 e da OCDE de combate à erosão da base tributária e transferência de lucros (“Base Erosion and Profit Shifting – BEPS”), o intercâmbio automático dos relatórios de operações de grupos multinacionais e sobre as decisões administrativas que concedem tratamento tributário especial a determinados contribuintes.¹⁹³

Em 01/06/2016, o Brasil ratificou, por meio do Ministério de Relações Exteriores, junto à OCDE, a referida Convenção, tendo em mesma data sido lançado pela OCDE o Programa Regional para o Caribe e a América Latina. Dessa forma, transcorridos 120 dias de sua ratificação, ou seja, desde 01/10/2016, a Convenção entrou em vigor no Brasil, produzindo efeitos, nos termos de sua regra de vigência e aplicação, a partir de 01/01/2017.

Até a data de fechamento deste estudo, 96 jurisdições já haviam assinado a Convenção, a qual possibilita diversas formas de assistência administrativa em matéria tributária entre os seus signatários, incluindo o intercâmbio de informações para fins tributários,¹⁹⁴ nas modalidades (i) pedido, espontâneo ou automático, (ii) fiscalizações simultâneas e, quando couber, (iii) assistência na cobrança de tributos. A Convenção adota garantias para a proteção dos direitos dos contribuintes, em especial quanto à confidencialidade das informações e seu uso apenas para os fins nela previstos.

Além disso, foi assinada pelo Brasil, em 21 de outubro de 2016, o Acordo Multilateral de Autoridades Competentes - *Multilateral Competent Authority Agreement* (MCAA) para o *Common Reporting Standard* (CRS), ainda não promulgado pelo Congresso Nacional, o qual estabelece o padrão global para o intercâmbio automático de informações financeiras para fins tributários a ser adotado pelos países signatários para o cumprimento do artigo 6º da Convenção.

Esta forma de transferência da informação é, contudo, semelhante àquela adotada (e questionada) no Brasil para acesso a informações pela própria RFB, em razão do sigilo

¹⁹³ Revista Fato Gerador. 11ª Ed. 1º semestre de 2016, p. 45.

¹⁹⁴ O “tratamento internacional concedido ao sigilo bancário, no qual prevalece a orientação para a concessão de acesso ao sigilo bancário pela autoridade administrativa competente, com o objetivo de proporcionar uma cooperação internacional célere e eficiente e viabilizar a atuação adequada da fiscalização tributária, a fim de combater à evasão fiscal e a concorrência desleal em matéria tributária.”. SOUZA, Mayara Mariano Alves de. O acesso direto pela administração tributária aos dados bancários do contribuinte como instrumento de realização da justiça fiscal. 2015. 64 f. Monografia (Bacharelado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2015, p. 53.

bancário. O que dizer, então dos questionamentos que serão apresentados em decorrência de se pretender enviar a outros países informações sobre contribuintes brasileiros (com operacionalização por meio da RFB)?

Sem prejuízo da ratificação que formaliza o compromisso no plano internacional, o texto da Convenção foi recentemente aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 105/16 e promulgado por meio do Decreto nº 8.842/16.

2.7.2 FATCA e tratados para troca de informações

Os acordos de cooperação internacional e de troca de informações tornaram-se centro de discussões nas duas últimas décadas, ao serem colocados pela OCDE e pelo seu “Fórum Global sobre Transparência e Troca de Informações para fins Tributários” como a solução para as questões relacionadas à transparência em matéria tributária, pois permitiriam fortalecer a cooperação entre os Estados e a troca (por requerimento, automática, ou espontânea) das informações de contribuintes, e, com isso, possibilitariam o acesso dos Estados (em especial dos Estados residência) ao capital de seus residentes em contas e estruturas *offshore*.

Sem sombra de dúvida estes instrumentos atingem, em parte, o fim a que se propõem, e prova disso são as conclusões e resultados constantes no Relatório Anual de 2013 do Fórum Global sobre Transparência Fiscal – “Report on Progress”,¹⁹⁵ que demonstram o crescente número de acordos firmados e em processo de assinatura, bem como de procedimentos de troca de informações entre os Estados, os quais também se dão de forma cada vez mais célere, tendo como prazo-horizonte 90 (noventa) dias.

Ocorre que, mesmo com estes dados, o *Foreign Account Tax Compliance Act* (“FATCA”), legislação interna dos EUA que surge em 2010 e que teve a implantação de sua regulamentação final apenas 2014, teve um efeito global muito mais abrangente: mais de 100 países já firmaram os *Intergovernmental Agreement* (“IGA”) - que podem ser firmados com outros países para a troca automática de informações bancárias entre os Estados signatários -, (em seus dois modelos) ou estão em processo de assinatura.

O FATCA, que também gera impactos âmbito da prevenção da lavagem de dinheiro e da evasão fiscal nos Estados Unidos, exige que todas as instituições financeiras do mundo que detenham como seus clientes pessoas físicas norte-americanas ou pessoas jurídicas com

¹⁹⁵ “OCDE Annual Report of the Global Forum: Tax Transparency 2013: Report on Progress” (em <http://www.oecd.org/tax/transparency/GFannualreport2013.pdf>).

controle de norte-americanos passem a reportar anualmente ao IRS (*Income Revenue Service*, o fisco americano) informações sobre os saldos das contas de recursos e ativos desses clientes.¹⁹⁶

Esta lei, que a princípio não gera efeitos extraterritoriais pelo princípio da soberania da Teoria Geral do Estado, acaba por forçar a sua adoção pelas instituições financeiras por meio da previsão de um pênalti: ninguém é obrigado a se sujeitar ao FATCA, mas quem não se sujeitar será considerado “em desacordo” e sofrerá uma retenção-fonte nos EUA de 30% sobre o total de rendimentos/ganhos/receitas oriundas desse país.

Por essa razão as instituições financeiras ao redor do mundo se movimentaram anos atrás para atender às exigências do FATCA ou, em conjunto com seus governos, buscar uma saída alternativa para a prestação das informações solicitadas. No Brasil, o governo firmou um acordo intergovernamental (“IGA”, da sigla em inglês) com os EUA para o fim de reduzir o número de informações a serem prestadas, obter também do *Income Revenue Service* (“IRS”) informações sobre operações de brasileiros nos EUA e permitir que o governo brasileiro, por meio da RFB, regulamentasse a matéria internamente e obtivesse as informações necessárias.

Interessante observar que, em razão das penalidades que poderiam ser impostas pelo FATCA, provavelmente poucas instituições financeiras deixariam de aderir e/ou registrar-se junto ao IRS e de atender aos seus ditames (estando ou não submetida a uma jurisdição que tenha firmado um IGA).

E isso parece óbvio: nenhuma instituição financeira, por mais pesados que sejam os controles, pode imaginar ter uma perda em investimentos na ordem de 30%! Por este ponto de vista, pode-se perceber que a estratégia adotada pelo IRS para obter informações de seus contribuintes contou com uma premissa fundamental: a questão econômica.

Ao contrário dos acordos intentados por meio da OCDE e de seu Fórum Global para transparência, nos quais os Estados buscam aprimorar seus relacionamentos para o fim de obter informações e cooperar em procedimentos quando se mostrar necessário, o FATCA impõe um ritmo diferente, ao exigir que as informações sejam repassadas ao Estado da residência (no caso, os EUA), sob pena de investimentos nesse Estado serem penalizados. Deixa-se de lado o discurso de cooperação diplomática para ser colocada a questão da necessidade imperiosa da informação. Imperiosa aqui se lê em razão do poderio econômico

¹⁹⁶ FARIA, Wilson Rodrigues de, e ROCHA, Alessandra M. Gonsales. “O Combate Internacional à Evasão Fiscal – Como FATCA pode afetar as instituições financeiras brasileiras.”. In: **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 16, nº 59, março, 2013, p. 383-392.

dos EUA, não um poderio nato, mas concedido pelas instituições financeiras do mundo que nele aportam seus capitais e de seus clientes.

Embora inicialmente o FATCA tenha sido imposto diretamente às instituições financeiras não norte-americanas por meio da aplicação de sanções econômicas, as autoridades fiscais de uma parcela relevante dos demais países, ainda em 2014, passaram a negociar os IGAs, havendo atualmente mais de 100 países signatários. Tais Acordos Internacionais foram, em diversos casos, firmados em bases comutativas, como no caso do Brasil, passando, assim, as autoridades fiscais a receber informações bancárias de seu interesse diretamente do Fisco norte-americano.

Obviamente, nenhuma dessas justificativas econômicas afasta as questões jurídicas palpitantes sobre a possibilidade de coleta e remessa de informação de contribuintes para autoridades e Estados estrangeiros, mas pode-se dizer que estas questões jurídicas também são um denominador comum aos modelos da OCDE e do FATCA, o que reforça o fato de que o FATCA é mais bem sucedido não porque seja juridicamente melhor estruturado (ou seu esquema de IGA), mas sim porque o FATCA atinge diretamente a economia, e decorre de uma vontade política de cooperação entre Estados.

Em outras palavras: quem passa a desejar a transparência e a troca de informações são os próprios agentes do mercado, e não mais os Estados. Isso inverte a lógica de troca de informações em âmbito internacional e, provavelmente, implica em alterações também no âmbito interno dos Estados, em especial no que tange às restrições colocadas à prestação de informações albergadas pelo sigilo bancário.

Tanto é assim que, conforme acima referido, depois de muitas conversas entre as instituições financeiras brasileiras, órgãos e instituições de classe vinculados ao mercado, reguladores (como o BCB, a CVM, a SUSEP e a PREVIC) e a RFB, em setembro de 2014, as administrações tributárias do Brasil e dos Estados Unidos assinaram o acordo o IGA para implementação do FATCA entre os dois países. Pelo acordo, os Estados Unidos terão acessos a dados tributários de seus cidadãos coletados pelas instituições financeiras brasileiras, e o Brasil também poderá acessar os dados dos brasileiros que operem com contas sediadas em instituições financeiras nos Estados Unidos.

O acordo é fruto de uma negociação que, em vista do arcabouço legal brasileiro que garante o sigilo de informações bancárias, permitiria a adoção dos meios administrativos e de sistemas necessários para propiciar o cumprimento do FATCA com segurança e com preservação do sigilo dos dados a serem trocados, tendo a RFB obtido resultado bastante positivo, uma vez que demonstrou dispor dos meios tecnológicos, legais e normativos para

obter, manter e intercambiar informações protegidas por sigilo fiscal de maneira automática, resguardando sua confidencialidade, além do que foi a oportunidade perfeita para conseguir aumentar a abrangência das informações solicitadas por meio da captura contínua de informações (art. 5º da LC 105, denominado “acesso sistêmico”, sem que houvesse questionamentos por parte das instituições financeiras, que, nesse ponto, também passariam a ter uma maior segurança jurídica ao reportar diretamente à RFB, com base em legislação ou normas locais, e não mais diretamente ao Fisco norte-americano).

Deve-se observar que o governo brasileiro terá de superar, em discussões internas e externas, o dilema do sigilo bancário das operações financeiras, a fim de poder cumprir com os anseios das instituições financeiras que estão submetidas a normas e que, caso não haja alteração na legislação de sigilo bancário vigente, poderão sofrer penalidades financeiras elevadas.

Em setembro de 2014, o acordo para troca de informações foi assinado pelas autoridades competentes (Ministro da Fazenda e Embaixador dos Estados Unidos da América), e, em 2015, o acordo foi aprovado pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo nº 146/15) e promulgado pelo Poder Executivo (Decreto nº 8.506/15), tornando-se não apenas uma norma para cumprir o acordo com os EUA, mas também uma nova ferramenta no arsenal da Receita Federal para o combate à sonegação, à lavagem de dinheiro e à evasão de divisas.

E, para execução e cumprimento do IGA, foi instituída por meio da Instrução Normativa nº 1.571, de 02/07/2015, que “*dispõe sobre a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações financeiras de interesse da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB)*”, a denominada e-Financeira, nova declaração a ser prestada à RFB pelas instituições financeiras acerca das operações e movimentações de seus clientes, residentes e não-residentes.

A e-Financeira, que faz parte do Sistema Público de Escrituração Digital (Sped), passou a ser o único canal de prestação, pelas instituições financeiras, de informações financeiras de seus clientes à RFB e incorpora, além das informações prestadas na antiga Declaração de Informações sobre Movimentação Financeira (Dimof), dados sobre aplicações financeiras, seguros, planos de previdência privada e investimentos em ações e em fundos de investimentos.

Além disso, ela permite a captação e a utilização de informações pela Receita Federal e garante meios para que a Administração Tributária efetive sua missão constitucional de fazer com que todos cumpram as leis tributárias, além de fornecer informações para que a

RFB possa aperfeiçoar seu conhecimento sobre a dinâmica dos mercados financeiro e de capitais, viabilizando também a troca de informações com os Estados Unidos e possibilitando, a partir de 2018, o intercâmbio de informações com aproximadamente 100 países, em cumprimento ao *Common Reporting Standard* (“CRS”), patrocinado pelos países do G20 no âmbito do Fórum Global sobre Transparência e Troca de Informações Tributárias, conforme recentes alterações na IN 1.571/2015, promovidas pela IN 1.680/16, que implementou o reporte previsto na Convenção a ser realizado por meio da e-Financeira.

2.7.3 O GAFI/FATF, o COAF e o combate à lavagem de dinheiro

O *Financial Action Task Force* (FATF), conhecido no Brasil como Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI), é o organismo de maior proeminência sobre o tema Lavagem de Dinheiro. Foi criado em 1989 pelo G-7, no âmbito da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, com o objetivo de criar mecanismos para prevenir, fiscalizar e combater a lavagem. É responsável pela elaboração das 40 recomendações em 1990 (sobre prevenção e combate ao delito de lavagem de dinheiro, as quais vêm sendo atualizadas de tempos em tempos, sendo a última de 2004) e encarregado de criar propostas preventivas para o problema da lavagem de dinheiro e a utilização do sistema para essa prática.

Por se tratar de um crime que atinge proporções internacionais, exige o desenvolvimento de políticas de combate mais sofisticadas e integradas. Assim, diversos países, seguindo a recomendação de diplomas internacionais de combate à lavagem de dinheiro como, por exemplo, o Conselho de Estrasburgo e o GAFI, criaram agências governamentais responsáveis pelo combate à lavagem de dinheiros, denominadas Unidades de Inteligência Financeira (*Financial Intelligence Unit – FIU*).

Em março de 1998, dando continuidade a compromissos internacionais assumidos a partir da assinatura da Convenção de Viena de 1988, o Brasil aprovou a Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9613, de 1998), que instituiu o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF como órgão ligado ao Ministério da Fazenda, tendo a função de servir como órgão de inteligência para proteger os setores econômicos contra a lavagem de dinheiro e outras atividades ilícitas, como o financiamento ao terrorismo.

No Brasil,¹⁹⁷ o crime de lavagem de dinheiro, instituído pela legislação supra, caracteriza-se por um conjunto de operações comerciais ou financeiras que buscam a incorporação na economia de cada país, de modo transitório ou permanente, de recursos, bens e valores de origem ilícita e que se desenvolvem por meio de um processo dinâmico que envolve, teoricamente, três fases independentes que, com frequência, ocorrem simultaneamente.

Essa lei também atribuiu às pessoas físicas e jurídicas de diversos setores econômico-financeiros maior responsabilidade na identificação de clientes e manutenção de registros de todas as operações e na comunicação de operações suspeitas, sujeitando-as ainda às penalidades administrativas pelo descumprimento das obrigações. Para efeitos de regulamentação e aplicação das penas, o legislador preservou a competência dos órgãos reguladores já existentes, cabendo ao COAF a regulamentação e supervisão dos demais setores.

E, em 2012, a Lei nº 9.613, de 1998, foi alterada pela Lei nº 12.683, de 2012, trazendo avanços para a prevenção e combate à lavagem de dinheiro, bem como determinando a remessa direta para o COAF de informações sobre indícios ou suspeitas de irregularidades pelas entidades que, nos termos da lei, possuem obrigação de acompanhamento e diligência sobre as operações realizadas por seus clientes.

Desde 2000 o Brasil é membro do GAFI, tendo sido auditado pelo órgão internacional em 2009, com as conclusões inseridas no relatório denominado “Relatório de Avaliação Mútua”,¹⁹⁸ datado de, de 25/06/2010. Nesse relatório, o GAFI esclarece que o Brasil evoluiu muito nos últimos anos no combate ao crime de lavagem de dinheiro, tendo-se instituído uma base legal sólida.

No entanto, um dos pressupostos para a atividade de combate a crimes de lavagem de dinheiro é a possibilidade de acesso a informações sobre operações, inclusive financeiras,

¹⁹⁷ Pelo art. 6º, nº 3, da Convenção da Organização das Nações Unidas contra a Corrupção, ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº 5.687/2006, o Estado brasileiro comprometeu-se a “*avaliar periodicamente os instrumentos jurídicos e as medidas administrativas pertinentes a fim de determinar se são adequadas para combater a corrupção*”. Também, pelo art. 2º, nº 1, da Convenção Interamericana contra a Corrupção, ratificada pelo Decreto nº 4.410/2002, o Brasil assumiu o compromisso de “*promover e fortalecer o desenvolvimento, por cada um dos Estados-Partes, dos mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção*”.

¹⁹⁸ Relatório de Avaliação Mútua - Prevenção à Lavagem de Dinheiro e Combate ao Financiamento do Terrorismo – República Federativa do Brasil - FATF/GAFI, de 25/06/2010: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/Sumario%20Executivo%20Brasil%202010.pdf>

que possam caracterizar situações atípicas e de indício desse crime. Para que o COAF tivesse, assim, acesso a tais informações, a LC 105, dispôs, no §6º do art. 2º, que

o Banco Central do Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários e os demais órgãos de fiscalização, nas áreas de suas atribuições, fornecerão ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, de que trata o art. 14 da Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, as informações cadastrais e de movimento de valores relativos às operações previstas no inciso I do art. 11 da referida Lei.¹⁹⁹

Nesse sentido, a LC 105 acabou por instituir permissão para que o COAF tenha acesso a informações financeiras sujeitas a sigilo bancário, mas sem que sejam observados requisitos, condições e procedimentos que acabam por ser exigidos de órgãos como os da administração pública, conforme visto na seção anterior. Mesmo assim, o relatório emitido pelo GAFI acerca do arcabouço jurídico brasileiro para o combate à lavagem de dinheiro, além de esclarecer que o COAF não tem competência de fiscalização (o que restringe a sua atuação direta como supervisor da matéria²⁰⁰), aponta como melhoria a ser introduzida sobre sigilo bancário no arcabouço jurídico que: *“a ausência de uma exceção legal ao sigilo financeiro em favor do COAF inibe a sua capacidade como supervisor de acessar informações de clientes e, portanto, a implementação das Recomendações 23 e 29.”*²⁰¹

Cumprindo observar sobre este tema que, em novembro de 2016, o STJ deu notícia no sentido de que a Polícia Federal poderia ter acesso a informações disponíveis no COAF, para uso em investigações, não caracterizando quebra de sigilo bancário, uma vez que entendeu que a autoridade investigativa possui prerrogativa para consultar tais informações, que estariam à disposição, não sendo necessária autorização judicial de quebra de sigilo para acessá-las ou para utilizá-las dentro de contexto investigatório.

¹⁹⁹ “Art. 11 (...)”

I - dispensarão especial atenção às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos nesta Lei, ou com eles relacionar-se;”.

²⁰⁰ “21. Na maior parte dos casos, o sigilo bancário não impede a aplicação das Recomendações do GAFI. A exceção é o COAF quando exercendo seu papel de supervisor. A área de fiscalização do COAF tem acesso a informações sobre COSs recolhidas pelo COAF na qualidade de Unidade de Inteligência Financeira (UIF). (...) No entanto, o COAF não tem poderes de fiscalização, o que inibe a implementação das Recomendações 23 e 29 e afeta negativamente a capacidade do COAF de desempenhar devidamente as suas funções de supervisor.”. Relatório de Avaliação Mútua - Prevenção à Lavagem de Dinheiro e Combate ao Financiamento do Terrorismo – República Federativa do Brasil - FATF/GAFI, de 25/06/2010, p. 07: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/Sumario%20Executivo%20Brasil%202010.pdf>

²⁰¹ Relatório de Avaliação Mútua - Prevenção à Lavagem de Dinheiro e Combate ao Financiamento do Terrorismo – República Federativa do Brasil - FATF/GAFI, de 25/06/2010, p. 15: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/Sumario%20Executivo%20Brasil%202010.pdf>

Esta decisão torna ainda mais contraditória a interpretação judicial da LC 105, uma vez que, como dito acima, não só o COAF já recebe informações financeiras sujeitas a sigilo apenas em decorrência de suposta existência de suspeita de crime (enquanto que a RFB, para receber a informação de mesma natureza, precisa cumprir requisitos e procedimentos), como também a polícia federal poderia acessar a base de informações prestadas ao COAF, sem necessidade de decisão judicial. Além disso, o próprio STJ, também em recente posição,²⁰² emitiu decisão contraditória, ao anular o uso pelo Ministério Público Federal de informações disponibilizadas pela RFB para oferecimento de denúncia em crime tributário.

2.8 A oposição de sigilo bancário ao fisco

2.8.1 Posicionamento da doutrina sobre a oposição de sigilo bancário ao fisco

Com o advento da Constituição Federal, o conceito do sigilo bancário, que até então estava adstrito à legalidade do art. 38 da Lei nº 4.595/64, ganhou caráter constitucional, seja pela expressa proteção ao direito fundamental à privacidade, seja pela recepção da referida lei, então ordinária, como Lei Complementar.

Estas alterações alçaram o sigilo, como um direito de proteção e não-intromissão ou não-prestação de informações, e o sigilo bancário, como um dever de guarda e não-revelação de informações, a um novo patamar, acobertado pelos princípios constitucionais e tornado faculdade do direito à privacidade, observados os interesses que devem ser sopesados, conforme será visto adiante.

Nesse cenário, o sigilo bancário das informações financeiras poderia ser oposto às administrações tributárias, e, em especial, à RFB como administração tributária da União? Como visto em item anterior deste Capítulo, a LC 105 prevê hipóteses, requisitos e procedimentos para que a RFB possa acessar tais informações, consoante arts. 5º e 6º e seus Decretos regulamentadores. Mas como a doutrina e a jurisprudência entendem esta questão?

Antes, contudo, mostra-se pertinente entender qual seria o receio dos participantes do mercado de capitais (objeto deste trabalho) no acesso a tais informações. Conceitualmente, as informações a que a RFB possui acesso, seja por meio de informes contínuos, seja por meio de procedimentos de fiscalização específicos, são em número muito menor do que aquelas que CVM e BC têm acesso, em razão de relatórios, auditorias e

²⁰² STJ. HC 260.519/SP. Min. Rogério Schietti Cruz. J. 14.12.2016. DJ. 19.12.2016.

obrigações de prestação de informações contínuas a que os participantes estão sujeitos. Assim, não se pode pressupor que os participantes (aqui considerados os investidores), não se importam em prestar informações das operações financeiras aos seus reguladores de mercado (os quais podem aplicar multas e penalidades em caso de irregularidades identificadas, bem como tem competência de enviar informações à RFB (nos termos do art. 28 da Lei n 9º 6.385/76) informações decorrentes de informações que possuam relativas a fiscalizações no mercado de valores mobiliários), mas têm receio em relação às consequências que podem advir do acesso da RFB a informações dessas operações.

Outros receios dos participantes em relação à RFB poderiam ser que (i) o acesso a informações poderia levar a RFB a constatar que há infração à obrigação tributária e são devidos tributos, os quais seriam devidos e passariam a ser cobrados; e (ii) a RFB, não entendendo as origens ou como funciona a “entrada” de determinados recursos decorrentes de operações (como no passado, em relação aos ajustes diários em operações locais com derivativos, e, ainda hoje, em relação a esses ajustes em operações com derivativos no exterior²⁰³), acaba por tributá-los indevidamente, em decorrência de ausência de conhecimento específico sobre o funcionamento do mercado e sobre como a norma tributária deveria ali ser aplicada (ou, eventualmente ajustada) para não se produzir entendimentos e interpretações indevidas.

Nenhuma dessas duas hipóteses deveria ser considerada factível pela ótica do mercado: a primeira porque precisaria supor que o mercado não quer a RFB fiscalize infrações cometidas por seus participantes, o que é descabido dentro de um Estado de Direito; e a segunda porque a RFB, como órgão técnico que é, deveria conhecer o funcionamento do mercado e produzir entendimentos adequados aos fatos sobre os quais a regra se aplica.

Esta última afirmação, contudo, não é integralmente verdadeira, uma vez que falta à RFB acesso a informações suficientes para que possa interpretar adequadamente os resultados em operações no mercado de capitais, em especial as de renda variável. Em grande medida porque as informações que a RFB busca coletar visam arrecadação, e não conhecimento prévio para posterior arrecadação, o que tornaria o sistema tributário e a própria atuação do fisco mais eficientes. E acesso a informação para se tornar mais eficiente

²⁰³ PILATTI, Érico Rodrigues. Notas sobre a incidência do imposto de renda em operações com contratos futuros realizadas pro nacionais no exterior e a importância do conceito de “ajuste diário”. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (Org.). O direito tributário e o mercado financeiro e de capitais. 2º vol. São Paulo: Dialética, 2010, p. 148-150.

e para fins de se evitar falhas é justamente o grande mote do mercado de capitais: assim, não faria sentido que este não compreendesse a necessidade de informação que um regulador possui para ser mais eficiente e tornar o ecossistema em que atua (no caso, o sistema tributário) também mais eficiente (e isso não quer dizer com majoração de alíquotas ou aumento da arrecadação).

Este ponto será visto no Capítulo 3, mas, por ora, vamos retornar às discussões doutrinárias e jurisprudenciais que têm sido realizadas sobre a possibilidade de oposição de sigilo bancário à RFB para fins de se obstar o acesso das informações de operações financeiras de clientes diretamente por meio das instituições financeiras (questão abrangente, que não se restringe ao mercado de capitais).

Inicialmente, cumpre observar que a legislação brasileira não segrega quais informações financeiras ou bancárias estão ou não protegidas pelo sigilo, devendo-se interpretar, numa primeira análise, que a integralidade da informação está sujeita ao sigilo. Contudo, em uma segunda análise, nota-se que, na prática, as informações distinguem-se em termos de qualidade de seu conteúdo, o que é perceptível quando “*por meio de registro fiscais e bancários se tem acesso a outras informações que dizem respeito à esfera da intimidade pessoal e familiar*”.²⁰⁴ Ou seja, há informações e informações detidas pelas instituições financeiras em relação a seus clientes, sendo algumas cadastrais ou que não possuem conteúdo sigiloso, enquanto outras possuem esse caráter de sigilo.

Mas as informações que possuem a qualidade de deter conteúdo sujeito à sigilo por serem consideradas privadas ainda podem ser divididas entre aquelas que detém efetivo caráter íntimo, e outras que apenas refletem o aspecto econômico-patrimonial dos clientes, passíveis de acesso em caso de existência de interesses públicos.²⁰⁵

²⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 4a Ed. ampl. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 444.

²⁰⁵ “*De fato, algumas operações financeiras podem acarretar na identificação de traços ou elementos reveladores da forma de vida, costumes, preferências ou planos das pessoas. Entretanto, na maior parte das operações bancárias, não existe possibilidade de violação à esfera da vida privada e intimidade de alguém, visto que o conhecimento se restringe a dados quantitativos. O tema em questão não é constitucional, mas também não é possível afirmar que é completamente ou integralmente inconstitucional. Neste círculo limitado, do dado meramente contábil, não há espaço para invasão da intimidade ou privacidade. O dado numérico ou contábil em si não revela costumes ou preferências pessoais. Logo, não há invasão da intimidade ou vida provada nas operações isoladas, objetivas e impessoais, havendo porém, a possibilidade de ingresso em indicadores da intimidade e vida privada de alguém nas operações que envolvem terceiros quando conhecido o “lado” qualitativo nelas presentes.*”. CASTRO, Aldemario Araujo. A constitucionalidade da transferência do sigilo bancário para o fisco preconizada pela lei complementar n. 105/2001. Jus Navigandi, Teresina, n. 51, 2001, p. 1. Aqui há um ponto interessante: talvez, de fato, os dados quanto apenas quantitativos (contábeis) não representem uma afronta à privacidade das pessoas, mas o acúmulo desses dados e a sua trajetória podem identificar um comportamento, mesmo que não se identifique origem e destino dos recursos.

Sendo o sigilo bancário uma faculdade de proteção da privacidade das informações dos indivíduos, e não sendo absolutos os direitos fundamentais, não se pode afirmar que o direito ao sigilo (ou o dever de sigilo bancário) é absoluto,²⁰⁶ podendo ser limitado,²⁰⁷ por lei ou decisão judicial, em razão do resultado da tensão entre os interesses individuais de proteção da privacidade e o interesse público relativo à arrecadação tributária e à apuração de ilícitos.

Mas não é simples a tarefa de delimitar a abrangência do núcleo duro da privacidade, qual seja, a intimidade (que não comportaria acesso por terceiros), e nem de se estabelecer os critérios adequados para, mesmo no âmbito das informações que não compõem a intimidade, segregar os interesses que permitiriam seu acesso ou fornecimento para o Estado. Mas, parte da doutrina e da jurisprudência do STF reconhecem que, não sendo absoluto o direito ao sigilo bancário, deve-se estabelecer alguns parâmetros para o controle da legitimidade constitucional da quebra do sigilo bancário e também do fiscal,²⁰⁸ quais sejam: (i) caráter excepcional²⁰⁹ da restrição à privacidade (à semelhança de outras intervenções em direitos fundamentais), justificável a partir da necessidade de salvaguarda de outro direito fundamental ou interesse coletivo constitucionalmente assegurado²¹⁰, devendo estar também caracterizada a adequação da medida ao fim pretendido, bem como a sua efetiva necessidade (não haver outros meios menos constritivos para alcançar o mesmo fim); e (ii) observância do devido processo legal e dos requisitos da razoabilidade e da proporcionalidade.²¹¹

O STF também estabeleceu, ao longo de sua jurisprudência critério adicional, ligado ao próprio procedimento da quebra do sigilo bancário,²¹² com destaque para a criteriosa

²⁰⁶ “Especificamente em relação ao sigilo bancário, apesar de consagrado mundialmente, este não é absoluto, comportando limitações. Isso porque a proteção ao sigilo bancário não pode ser usada de escudo para encobrir a prática de condutas ilícitas.”. CAMBI, Eduardo; POMPÍLIO, Gustavo. Sigilo bancário: A visão do STF sobre o acesso direto pelo fisco sem autorização judicial. Revista da AJURIS, v. 41, n. 135, 2014, p. 97.

²⁰⁷ STF, MS 23.452, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, J. 16.09.1999, DJ 12.05.2000.

²⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 4a Ed. ampl. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 445; e, no mesmo sentido, MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10a Edição revista e atualizada. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 323.

²⁰⁹ Pode-se questionar a efetiva excepcionalidade da concessão de medidas restritivas da privacidade, tendo em vista a facilidade com que as instâncias ordinárias e os tribunais a tem admitido.

²¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10a Edição revista e atualizada. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 324.

²¹¹ AgIn 655.298-AgRg, j. 04/09/2007, rel. Min. Eros Grau.

²¹² Como já mencionado anteriormente, em que pese a doutrina e jurisprudência adotar o termo “quebra de sigilo”, entendo que seria mais adequado falar em autorização para acesso à informação, uma vez que, havendo base legal para o acesso, o sigilo não se quebra, uma vez que o interesse do Estado justifica o acesso pelo fisco ou entidade autorizada pela Lei (LC 105). Em outras hipóteses não previstas em lei, as quais, estas sim, sejam decididas pelo judiciário e pela sua casuística se decida pela autorização de acesso, aí sim poder-se-ia falar de uma “quebra” autorizada. Tanto é assim que a LC 105 apenas se refere a quebra de sigilo quando este é violado,

fundamentação da decisão,²¹³ seja qual for a autoridade competente (a fim de que a quebra de sigilo não se converta em instrumento de busca generalizada e de devassa indiscriminada da esfera de intimidade das pessoas, o que daria ao Estado, em desconformidade com os postulados que informam o regime democrático, o poder absoluto de vasculhar, sem quaisquer limitações, registros sigilosos alheios²¹⁴). O ato estatal deve ser fundamentado, indicando de modo preciso os dados essenciais que se pretende obter (minimizando, com isso, o impacto sobre a privacidade²¹⁵) e os elementos de identificação do indivíduo e o lapso temporal abrangido pela ordem de acesso às informações.²¹⁶

Além disso, a autorização para acesso a preservação da manutenção do sigilo em relação às pessoas estranhas à investigação e a utilização restrita dos dados obtidos para a finalidade da investigação que deu causa à quebra do sigilo asseguram o devido processo da intervenção restritiva no direito fundamental.²¹⁷

Não se pode deixar de observar que as informações sujeitas ao sigilo bancário, por sua qualidade e conteúdo, não ultrapassam uma determinada porção da privacidade dos indivíduos (limitação material) adstrita aos aspectos econômico-patrimoniais.

Por mais que se possa dizer, no limite, que alguns relatórios de instituições financeiras podem conter a relação de dispêndios dos indivíduos, insta observar que estes gastos possuem, em grande parte, como contrapartida, a emissão de notas de aquisição de bens e ou de serviços, já sendo a informação detida pelos órgãos da administração tributária, ou, ainda, já tendo sido prestadas tais informações diretamente à RFB por meio da ECF ou da Declaração de Ajuste da Pessoa Física. Nessa mesma linha, haveria maior flexibilidade

fora dos termos da lei.

²¹³ Evidentemente que este raciocínio não se aplica às informações prestadas de forma contínua ao fisco, uma vez que a própria lei já autorizou essa remessa, com base nos requisitos e limites nela definidos, para assegurar interesse estatal.

²¹⁴ HC 84.758, Min. Celso de Mello. J. 25/05/2006.

²¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 4a Ed. ampl. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 447; e, no mesmo sentido, MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10a Edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 325.

²¹⁶ O cuidado com a fundamentação reforça algo óbvio, mas importante ser destacado: e regra é o sigilo, e apenas em algumas situações a lei, e uma vez sendo esta silente o Poder Judiciário, autoriza o acesso pelo Estado a essas informações. Qualquer interpretação em sentido contrário resultaria numa inversão de valores, tendo em vista que, caso não se precisasse justificar o acesso, a regra passaria a ser a abertura da informação ao Estado, o que não se pode admitir em razão das proteções aos direitos fundamentais, dentre os quais está a privacidade, e pelo princípio da proporcionalidade (vedação à devassa das informações íntimas dos indivíduos).

²¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 4a Ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 447; e, no mesmo sentido, para este e os itens anteriores, MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. 3ª Ed. São Paulo, Atlas, 2000, p. 141 e 142.

quanto a informações sobre a renda ou declaração de bens, e menor em relação a despesas realizadas, que revelariam e diriam respeito a operações de caráter particular do indivíduo (o acesso à informação, em casos de fiscalização, deve ser condicionado a situações excepcionais e indispensáveis à investigação).²¹⁸

Assim, já tendo sido prestada ao Estado, a informação financeira mantém seu caráter sigiloso, mas não faz sentido que não possa ser confirmada ou prestada novamente por meio de outros procedimentos, desde que se mantenha a premissa de preservação da esfera privada do indivíduo.

Especificamente em relação ao mercado de capitais, a própria LC 105 e sua regulamentação estabelecem o limite do acesso às informações sobre operações financeiras, que devem se ater a montantes globais movimentados mensalmente, não sendo possível hoje identificar o quanto desses recursos se referem a uma ou outra operação, uma vez que esses totais são estabelecidos por tipo de operação (à vista, futuro, etc.).

Não se pode olvidar que o acesso à informação é medida restritiva de direito fundamental: portanto, exige rigoroso controle com base nas exigências da proporcionalidade. Segundo Mendes,

o sigilo haverá de ser quebrado em havendo necessidade de preservar um outro valor com status constitucional, que se sobreponha ao interesse na manutenção do sigilo. Além disso, deve estar caracterizada a adequação da medida ao fim pretendido, bem como a sua efetiva necessidade – i.e., não se antever outro meio menos construtivo para alcançar o mesmo fim.²¹⁹

Esta análise deve considerar não apenas a proporcionalidade em sentido estrito, mas também critérios de adequação e de necessidade, em especial quando se está em discussão elementos nucleares do direito à privacidade (intimidade), o que não seria o caso para as informações financeiras a que a administração tributária deveria ter acesso de forma contínua, inclusive em relação às operações de renda variável no mercado de capitais.

Até o julgamento do STF com repercussão geral (fevereiro de 2016), havia instabilidade em relação ao posicionamento do STF sobre alguns dos aspectos que envolvem

²¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 4a Ed. ampl. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 447.

²¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10a Edição revista e atualizada. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 324.

especialmente possibilidades e limites das restrições ao sigilo fiscal e bancário, que não permitiam um juízo de valor conclusivo sobre o tema.²²⁰

Mas a principal discussão em torno do sigilo bancário refere-se à dúvida se existiria ou não uma reserva de jurisdição constitucional previamente estabelecida para que se autorizasse o acesso às informações de operações financeiras pelo fisco diretamente junto às instituições financeiras. A princípio, pode-se interpretar que por estarem as informações financeiras, por seu aspecto econômico-patrimonial, contidas na esfera mais alargada da privacidade, não seria contemplado pela reserva, além do fato de que não há previsão constitucional expressa acerca dessa reserva contido no art. 5º, X, da CF, ao contrário do que ocorre com o art. 5º, XII, desse mesmo diploma.

Até recentemente, conforme será analisado no próximo tópico deste trabalho, o STF era, assim como a doutrina, resistente à liberação geral do acesso à informação por outros órgãos, por meio da quebra do sigilo, exigindo que seja requerida a autorização judicial, e que seja hipótese regulada por lei (dispensar-se-ia a autorização judicial, portanto, por este raciocínio, apenas nas hipóteses de prestação de informações para a CPI, no âmbito de seu poder de investigação, e à autoridade fiscal, nos termos da LC 105 – havendo, mesmo para este último, posições não coincidentes).

Mas, à vista das características do sigilo bancário, parece assumir ares exagerados a exigência generalizada de autorização judicial, criando-se, como está a fazer o STF, uma reserva de jurisdição onde ela não foi sequer prevista pela CF. Por outro lado, não está em princípio vedado ao legislador estabelecer hipóteses de quebra de sigilo fiscal e bancário por autoridade não-judicial, desde que assegurada a impessoalidade da medida e observadas as exigências da segurança jurídica e da proporcionalidade, portanto, de um procedimento constitucionalmente adequado. Com isso, por sua vez, estar-se-ia atendendo ao dever de proteção estatal na esfera dos deveres em matéria de organização e procedimento.

Em sentido contrário, caso a RFB tivesse que acessar o judiciário a cada fiscalização, para fins de obter a autorização judicial de acesso a informações financeiras consideradas sigilosas, haveria um entrave administrativo e judicial em razão do número de demandas e acúmulo de pedidos, e poder-se-ia acabar, em razão desse atraso, por tratar de forma diferente pessoas em igual situação, afrontando o princípio da isonomia.

Não se pode deixar de observar que, quando falamos em sigilo bancário, ele hoje é “quebrado” por meio contínuo e intermitente, nos termos dos arts. 5º e 6º da LC 105, e em

²²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 4a Ed. ampl. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 447 e 448.

relação a cada qual há raciocínios diferentes para fundamentar o acesso ou justificá-lo – em relação ao continuado, não poder-se-ia falar em decisão judicial e em reserva de jurisdição, mas se não há para um, não há para o outro, pois a informação, em si, é (ou pode ser) a mesma (uma vez que no continuado o número de informações é sempre mais restrito).

Para se ter melhor visibilidade sobre os argumentos existentes na doutrina a favor e contra o acesso das administrações tributárias a informações financeiras de contribuintes, diretamente ou por meio de instituições financeiras, cabe pontuá-los, conforme será abaixo realizado.

Dentre os que militam pela impossibilidade de acesso às informações financeiras pela RFB, em razão do sigilo bancário, e partindo-se da doutrina posterior à LC 105, há uma gama de argumentos apresentados para fins de demonstrar a inconstitucionalidade dos art. 5º e 6º da LC 105, incluindo alguns mais radicais que entendem ser absoluto o direito ao sigilo.

O primeiro argumento dos que entendem pela inconstitucionalidade dos arts. 5º e 6º da LC 105 tem como base a alegação de que esses artigos violam diretamente o direitos e garantias fundamentais assegurados na CF, especificamente o direito à privacidade (e, como vimos, o direito à intimidade nele incluído), previsto no art. 5º, inciso X (e para alguns também o inciso XII) da CF²²¹, ao autorizar que a administração tributária tenha acesso direto às informações financeiras dos contribuintes.

O racional deste primeiro argumento (afrenta aos direitos e garantias fundamentais previstos na CF) faz surgir outros, dentre eles um mais radical, como o de Ives Gandra da Silva Martins, que entende ser o sigilo de informações cláusula pétrea constitucional,²²² que não poderia ser ressalvada nem mesmo pelo Poder Judiciário.²²³

²²¹ “(...) “quebra” do sigilo bancário configura afronta aos direitos de intimidade, vida privada e sigilo de dados previstos no artigo 5º da Constituição”, e ocorre a “incolumidade da intimidade e vida privada, considerando que tais garantias serão efetivamente afrontadas em caso de conhecimento de operações bancárias e financeiras.”. CASTRO, Aldemario Araujo. A constitucionalidade da transferência do sigilo bancário para o fisco preconizada pela lei complementar no 105/2001. Disponível em: <<http://www.aldemario.adv.br/sigilob.htm>> Acesso em: 05 de maio de 2016.

²²² “Entendo ser o sigilo bancário cláusula pétrea”. MARTINS, Ives Gandra da Silva. Inconstitucionalidades da Lei Complementar 105/2001. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, n. 11, 2001, p. 1.

²²³ “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.”. MARTINS, Ives Gandra da Silva. Inconstitucionalidades da Lei Complementar 105/2001. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, n. 11, 2001, p. 8.

Mas, de forma mais abrangente, pode-se considerar como um segundo argumento (quase que por decorrência lógica do primeiro, ao se pressupor que o direito à privacidade não é absoluto) para a impossibilidade de as administrações tributárias acessarem informações sujeitas ao sigilo bancário sem autorização do Poder Judiciário, por entender parte da doutrina que há, em relação ao sigilo bancário, uma reserva de jurisdição (ou seja, apenas o Poder Judiciário poderia decidir acerca do acesso às informações de operações financeiras).²²⁴ Ou seja, este argumento defende a inconstitucionalidade da LC 105/01 por entender que direito ao sigilo bancário é uma garantia constitucional e este só pode ser rompido mediante ordem judicial.

O entendimento pela existência de reserva de jurisdição²²⁵ acerca do sigilo bancário, por sua vez, possui diferentes fundamentações. Para alguns doutrinadores, a reserva de jurisdição mostra-se imprescindível, não podendo a administração tributária decidir por acessá-la ou não, em razão de o fisco não ser parte independente e isenta de interesses em

²²⁴ “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.”. MARTINS, Ives Gandra da Silva. Inconstitucionalidades da Lei Complementar 105/2001. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, n. 11, 2001, p. 19; “grande parte da doutrina entende que o sigilo bancário está inserido no direito à intimidade e a privacidade, albergados pela Lei Maior, e, desta forma, cabe somente ao Poder Judiciário autorizar a sua “quebra”.”. RODRIGUES, Alberto Carlos de Aguiar. A inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário pelas autoridades tributárias no âmbito do processo administrativo fiscal sem autorização do Poder Judiciário. Monografia Final de Especialização em Direito Tributário. Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2016, p. 58; “(...) não há meio adequado de quebrar sem previa autorização do Poder Judiciário o sigilo bancário dos contribuintes, sem que para isso haja ofensa às garantias constitucionais.”. E, ainda, “nas palavras do mestre Hamilton Dias de Souza no artigo, “Sigilo Bancário e o Direito à Liberdade”- publicado pela Revista do IASP de 1999-, “Só o Poder Judiciário é dotado de imparcialidade para, através de um juízo de ponderação, decidir, previamente, se é caso de invadir esfera reservada privativamente ao indivíduo. (...). De todos o exposto, e tendo em vista que, consoante a interpretação dada pelo STF ao art. 5º, incs. X e XII, da CF, é o sigilo bancário desdobramento do direito à intimidade e à privacidade, que por sua vez compreende-se no campo mais amplo do direito à liberdade e à dignidade da pessoa humana, e por ser próprio desse direito que não possa ele ser violado sem prévia autorização do Poder Judiciário, que com isenção é quem o analisa e estabelece os limites para sua quebra no caso concreto (...).””.FRATTINI, Luciana Marques dos Reis. Ao Ministério Público da união e à Receita Federal brasileira, tudo? uma análise crítica à lei complementar 105 de 2001 como possível meio de coibir o crime de Sonegação Fiscal. Biblioteca Digital Fundação Getúlio Vargas. Direito Rio - Trabalhos de Conclusão de Curso da Graduação, 2015-06, p. 52.

²²⁵ Na doutrina, defendem esse posicionamento, entre outros, WALD, Arnaldo. Sigilo bancário e direitos fundamentais. Revista Tributária e Finanças Públicas. v. 7. Jan. 1988, p. 15 e ss.; SOUZA, Hamilton Dias de. Sigilo bancário e direito à liberdade. Revista Tributária e Finanças Públicas. v. 30. Jan. 2000, p. 139 e ss..

relação à obtenção das informações,²²⁶ havendo nesse sentido, inclusive, violação de outros direitos e garantias constitucionais, como o do devido processo legal.²²⁷

Fundamenta-se também a reserva de jurisdição em razão de (i) embora nos termos do art. 145, §1º, da CF,²²⁸ ser dever da administração tributária identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte para que seja possível outorgar caráter pessoal aos impostos e permitir que eles possam ser graduados segundo a capacidade contributiva dos contribuintes, esta não pode olvidar que o mesmo dispositivo prevê que a administração tributária deve “*respeitar os direitos individuais*”, o que não seria observado quando violada a privacidade dos contribuintes sem decisão do Poder Judiciário;²²⁹ (ii) que, em complemento ao item anterior, os arts. 37, XXII, e 145, §1º, da CF não autorizariam a Administração Pública, independentemente de ordem judicial, a ter acesso às informações financeiras de clientes junto às instituições financeiras, mas apenas permitiriam o uso de informações referentes ao patrimônio, aos rendimentos e às atividades econômicas dos contribuintes, para a finalidade de se aplicar os princípios da pessoalidade e da capacidade contributiva, desde que já fossem tais informações de conhecimento da Administração Pública por outros meios;²³⁰ (iii) mesmo havendo um indício ou elemento que justifique o

²²⁶ “José Augusto Delgado, por exemplo, aduz que deveria haver um controle prévio por parte do Poder Judiciário, pois este estaria revestido de independência absoluta em relação ao Fisco, ente interessado na cobrança do tributo e, por conseguinte, no resultado a ser obtido pela ação fiscalizadora.”. CAMBI, Eduardo; POMPÍLIO, Gustavo. Sigilo bancário: A visão do STF sobre o acesso direto pelo fisco sem autorização judicial. Revista da AJURIS, v. 41, n. 135, 2014, p. 99.

²²⁷ “O órgão da Administração Tributária não tem competência constitucional para decidir sobre a quebra dos sigilos bancário e fiscal, pois apenas o Poder Judiciário dispõe de efetivos meios para que o contribuinte possa se defender e apresentar provas.”. CAMPOS, Gabriel Gealh de. Violação dos direitos e garantias individuais do contribuinte na atividade fiscalizadora da administração tributária. Revista de Direito Público, Londrina, v. 4, n. 1, p. 219-235, 2009.p. 15.

²²⁸ “Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: (...)

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, **respeitados os direitos individuais** e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.”. (grifos nossos)

²²⁹ “Um segundo argumento daqueles que advogam a necessidade de se observar a reserva de jurisdição para quebrar o sigilo bancário recai sobre a interpretação do § 1º do art. 145 da CF/1988, segundo a qual cabe ao Fisco o dever de respeitar os direitos fundamentais dos contribuintes.”. CAMBI, Eduardo; POMPÍLIO, Gustavo. Sigilo bancário: A visão do STF sobre o acesso direto pelo fisco sem autorização judicial. Revista da AJURIS, v. 41, n. 135, 2014, p. 99.

²³⁰ “Todavia, os arts. 37, XXII, e 145, § 1.º, da CF/1988 não autorizam a Administração Pública de, independentemente de ordem judicial, ter acesso às informações relativas aos negócios jurídicos bancários e aos serviços prestados aos clientes de instituições financeiras, mas apenas permitem o uso de informações referentes ao patrimônio, aos rendimentos e às atividades econômicas dos contribuintes, que já são de conhecimento da Administração Pública, com a finalidade de aplicar os princípios da pessoalidade e da capacidade contributiva, bem como o respectivo compartilhamento entre as demais esferas da Administração Pública.”. MENDES, Emerson Soares. O sigilo bancário e a recente posição do STF. Revista de Direito Empresarial, vol. 6/2014, p. 133 – 151, Editora Revista dos Tribunais, Nov - Dez / 2014, p. 5. É interessante

acesso à informação, não haveria previsão legal no sentido de afastar a necessária decisão do Poder Judiciário;²³¹ (iv) que os eventuais interesses públicos que justificariam o acesso a informações sujeitas ao sigilo bancário não se confundem com os interesses arrecadatórios das administrações tributárias, muito menos o afastamento da intervenção do Judiciário;²³² e (v) que, caso não observada, e por estar prevista na CF, qualquer norma que atribua à administração tributária competência para acessar tais informações estará invadindo reserva do Poder Judiciário e afrontando a divisão de poderes prevista no art. 2º da CF.²³³

Ainda, há quem defenda que a obrigação das instituições financeiras prevista no art. 197, II, do CTN, para que prestem à administração tributária todas as informações que detenham sobre bens, negócios ou atividades de terceiros, estaria restrita pelo parágrafo único desse mesmo artigo, que dispõe que *“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”*, ao entenderem que as informações financeiras sujeitam ao referido segredo.²³⁴

observar que esta argumentação acaba por aceitar, quase de forma expressa, que a obtenção de dados contínuos pela administração tributária (art. 5º da LC 105) não seria uma afronta ao sigilo bancário.

²³¹ *“Ademais, argumenta-se no sentido de que, para que haja a quebra de sigilo bancário, deve haver também uma causa provável que a justifique. Porém, a análise dessa causa provável compete, tão somente, ao Poder Judiciário, pois é ele quem possui atribuição para sopesar os motivos e determinar, ou não, a quebra de sigilo bancário.”* CAMBI, Eduardo; POMPÍLIO, Gustavo. Sigilo bancário: A visão do STF sobre o acesso direto pelo fisco sem autorização judicial. Revista da AJURIS, v. 41, n. 135, 2014, p. 99-100.

²³² *“O interesse público não pode ser confundido com o interesse da Fazenda Pública. Sendo assim, o afastamento da intervenção do Judiciário na concretização da medida excepcional da quebra do sigilo de dados bancários e operações financeiras desrespeita os fundamentos do Estado de Direito, na medida em que as garantias individuais tuteladas pela Constituição Federal são violadas pelo Estado para atender a seus interesses arrecadatórios.”* CAMPOS, Gabriel Gealh de. Violação dos direitos e garantias individuais do contribuinte na atividade fiscalizadora da administração tributária. Revista de Direito Público, Londrina, v. 4, n. 1, p. 219-235, 2009, p. 11.

²³³ *“A garantia de que os sigilos bancário e fiscal sejam quebrados somente por determinação do Poder Jurisdicional, está constitucionalmente definida. Portanto, a norma que atribuir à Autoridade Administrativa Tributária o poder de requisitar informações diretamente às instituições financeiras, invade a reserva jurisdicional e agride a tripartição dos poderes prevista no Art. 2º da Constituição Federal.”* CAMPOS, Gabriel Gealh de. Violação dos direitos e garantias individuais do contribuinte na atividade fiscalizadora da administração tributária. Revista de Direito Público, Londrina, v. 4, n. 1, p. 219-235, 2009, p. 13.

²³⁴ *“Aliás, o próprio Código Tributário Nacional previu, no parágrafo único do art. 197, II a ressalva à obrigação das instituições financeiras fornecerem informações à Administração Pública acerca dos bens, negócios ou atividades de terceiros e que está prevista no caput daquele dispositivo legal. Assim, sempre que as informações sobre bens, negócios ou atividades de terceiros, que sejam de conhecimento da instituição financeira, estiverem protegidas pelo sigilo profissional, a mesma estará desobrigada de atender a requisição feita pela Administração Pública.”* MENDES, Emerson Soares. O sigilo bancário e a recente posição do STF. Revista de Direito Empresarial, vol. 6/2014, p. 133 – 151, Editora Revista dos Tribunais, Nov - Dez / 2014, p. 3. Em contrario senso, contudo, já se manifestou BALEEIRO, conforme citado em TERCIO FERRAZ: *“não se trata de sigilo profissional (art. 5º, XIV da CF.) que, na palavra autorizada de Aliomar Baleeiro, não alcança a profissão de banqueiro (p. 550). E m questão está o sigilo de dados privativos (art. 5º, X e XII da CF.). A nosso ver, com ressalva de dados referentes à intimidade dos sujeitos, os dados da vida privada são acessíveis às autoridades fiscais nas condições e com as cautelas estabelecidas pela lei. Havendo processo administrativo instaurado e sob o sigilo a que o próprio Fisco está obrigado, devem ser reveladas pela*

Dentre os doutrinadores que aderem a tais posicionamentos está o tributarista Ives Gandra da Silva Martins, o qual, quase que recapitulando e consolidando os pontos acima, argumenta que:

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 inc. XXXV do art 5º da CF proíbe. Parece-me, pois, que a questão é, pois, meramente jurídica. A lei complementar afasta direitos fundamentais dos contribuintes (art. 5º, X,²³⁵ 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.²³⁶

É pertinente observar que as alegações pela inconstitucionalidade das permissões de acesso a informações financeiras sujeitas ao sigilo bancário partem do pressuposto de que (i) todas as informações detidas pelas instituições financeiras são sigilosas e que (ii) em toda e qualquer hipótese de determinação de acesso às informações pela administração tributária haveria afronta ao sigilo bancário. Contudo, ignoram o fato de que (i) a LC 105 não qualifica quais são as informações financeiras que efetivamente seriam sigilosas, havendo a necessidade a aferição da materialidade e de pertinência do acesso, bem como (ii) quase não atacam o fornecimento contínuo das informações à administração tributária federal pelas instituições financeiras, e aceitam que a RFB obrigue que os indivíduos, pessoas físicas ou jurídicas, lhe enviem suas informações, inclusive financeiras, periodicamente,²³⁷ como se não houvesse, aqui, acesso à informação, mas apenas quando terceiros, como as instituições financeiras, são instados a prestá-las.

Por outro lado, há aqueles que entendem pela possibilidade do acesso às informações financeiras sujeitas a sigilo bancário pela administração tributária, diretamente ou por meio

instituição financeira intimada as informações consideradas indispensáveis, pela autoridade fiscalizadora, ao exercício de sua função.”

²³⁵ DELGADO, José Augusto. O Sigilo Bancário no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. São Paulo, n. 13, p. 13-51, jan./mar. 2001.

²³⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Inconstitucionalidades da Lei Complementar 105/2001. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, n. 11, 2001, p. 24.

²³⁷ “Ademais, a oponibilidade do direito à intimidade e à privacidade, no contexto da arrecadação tributária, torna-se evidentemente contraditória, uma vez que o contribuinte deve enviar declarações sobre sua renda, faturamento e patrimônio ao Fisco e ninguém questiona a constitucionalidade desta obrigação”. SOUZA, Mayara Mariano Alves de. O acesso direto pela administração tributária aos dados bancários do contribuinte como instrumento de realização da justiça fiscal. 2015. 64 f. Monografia (Bacharelado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2015, p. 54.

das instituições financeiras, existindo uma gama de argumentos e racionais que sustentam esta posição.

Um dos principais e mais nucleares argumentos é o da prevalência do interesse público (que possui na manutenção do Estado de Direito e no dever fundamental de pagar tributos seus fundamentos) sobre o interesse particular (de ter toda e qualquer informação de sua vida privada blindada da intromissão de terceiros, inclusive o Estado, sob o fundamento da dignidade da pessoa humana).²³⁸ Isso porque, antes de mais nada, o sigilo, faculdade de proteção de um direito (no sentido de não obrigar o fornecimento ou garantir a não-intromissão), nasce primeiro na história em razão de um interesse privado (proteção do segredo em relação a terceiros), e só com o tempo evolui para uma proteção também em face do Estado. Assim, em sua origem, é um direito que aceita disposição e não se amolda como absoluto, uma vez que permeável por outros interesses, podendo ser restringido e limitado.²³⁹

O fato de que os direitos fundamentais (como a privacidade), sob o manto constitucional, possuem limites que devem ser interpretados restritivamente, demonstra cabalmente o que se afirmou acima: não é um direito absoluto, tanto que admite restrição, delimitação (embora não de forma ampla e aleatória, mas fundamentada e restritiva)²⁴⁰. Quando sopesado o direito fundamental da privacidade com outros direitos dos indivíduos respaldados constitucionalmente, parece prevalecer estes, uma vez que consideram o indivíduo na coletividade,²⁴¹ e não em sua unicidade.²⁴² O direito à privacidade não pode ser

²³⁸ “O direito à intimidade e à vida privada, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, entra em confronto com o princípio da capacidade contributiva e com o objetivo fundamental da República de construção de uma sociedade justa e solidária, quando o assunto é quebra de sigilo bancário.”. PRODANOFF, Cristina Rodrigues Leitão. Sigilo Bancário. Monografia Final de Especialização em Direito Processual Tributário. Universidade De Brasília –Escola De Administração Fazendária, Rio de Janeiro, 2008, p. 25.

²³⁹ “Tais limitações legais decorrem da circunstância de ser o sigilo bancário estabelecido, essencialmente, por interesses privados, de modo que são possíveis limitações, especialmente quando fundadas no interesse público”. BALTAZAR Júnior, José Paulo. “Considerações sobre o Sigilo Bancário”. Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 36, p. 129.

²⁴⁰ “Sigilo bancário não pode ser absoluto, vez que se limitará diante de critérios legalmente previstos.”. CAVALCANTE, Denise Lucena. Sigilo bancário e o devido processo legal. Revista da AGU, Brasília, Edição Especial, 2002, p. 2.

²⁴¹ “Dessa forma, da mesma maneira que o Direito à Informação encontra seu limite no Direito à Intimidade, este também encontra o seu nos interesses da coletividade.”. LIMBERTO, Andrea; BARBOSA, Sílvio Henrique Vieira. Informação X intimidade: o direito à proteção da própria imagem. Disponível em: <<http://portalintercom.org.br/anais/nacional2015/resumos/R10-2543-1.pdf>>, p. 5.

²⁴² “Assim, parece evidente que — embora as restrições aos direitos fundamentais devam ser interpretadas restritivamente — no confronto entre os direitos fundamentais dos indivíduos da igualdade, da observância da legalidade, da capacidade contributiva; e os direitos fundamentais relativos à privacidade, a Constituição da República Federativa do Brasil concede prevalência ou supremacia aos primeiros.”. SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Sigilo Bancário E A Administração Tributária No Brasil. Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília: Escola de Direito, v. 7, n. 2, p. 174-268, 2014, p. 28.

utilizado em detrimento da concretização de princípios como o da personalidade, da capacidade contributiva, da isonomia e da livre concorrência, os quais são balizadores para o sistema tributário brasileiro.²⁴³

Em relação ao argumento sobre a necessidade de a administração tributária ter de obter autorização do Poder Judiciário para poder acessar informações financeiras sujeitas a sigilo bancário, a doutrina também apresenta sólidos argumentos em sentido contrário. O primeiro deles é o de que o acesso às informações pela administração tributária está expressamente previsto nos arts. 5º e 6º da LC 105 (conforme anteriormente detalhado em seção específica), e, uma vez observados os requisitos, limites e procedimentos ali previstos, a RFB pode receber ou coletar as informações financeiras necessárias. O segundo decorre de mera leitura e interpretação dos dispositivos constitucionais que versam sobre a privacidade: não há previsão no art. 5º, X, da CF (ao contrário do que ocorre em outros artigos, como o art. 5º, XII, da CF) acerca da existência de reserva legal²⁴⁴ (logicamente que isso não quer dizer que há o afastamento do Judiciário em relação a questões de sigilo, mas apenas que, observadas as disposições constitucionais e sua regulamentação, a administração tributária não precisa recorrer a referido Poder). O terceiro refere-se ao fato de que a CF, em seu art. 145, §1º, permite à administração tributária o acesso direto a informações que lhe auxiliem a identificar, em relação aos contribuinte, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes, no intuito de, por meio do exercício de suas competências, efetivar o caráter pessoal do imposto de renda, sua generalidade, universalidade e progressividade, bem como os princípios da vedação de tratamento fiscal discriminatório, da capacidade contributiva e da livre concorrência.²⁴⁵ O quarto destaca que

²⁴³ “Outro argumento que merece destaque está voltado para a ideia de que os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada, apesar de garantidos pela Constituição, não podem servir de obstáculo à concretização dos princípios da personalidade, da capacidade contributiva, da isonomia e da livre concorrência, nem, tampouco, podem ser usados de escusa ao dever fundamental de pagar tributos.”. CAMBI, Eduardo; POMPÍLIO, Gustavo. Sigilo bancário: A visão do STF sobre o acesso direto pelo fisco sem autorização judicial. Revista da AJURIS, v. 41, n. 135, 2014, p. 104.

²⁴⁴ “Logo, embora a Constituição Federal estabeleça a reserva de jurisdição nos casos de busca domiciliar (art. 5º, XI), interceptação telefônica (art. 5º, XII) e prisão (art. 5º, LXI), tal cláusula restritiva não foi contemplada em relação à garantia da inviolabilidade da vida privada e do sigilo de dados. Portanto, não havendo qualquer previsão nesse sentido, conclui-se que não há necessidade de autorização judicial para que o Fisco tenha acesso aos dados bancários de seus contribuintes.”. CAMBI, Eduardo; POMPÍLIO, Gustavo. Sigilo bancário: A visão do STF sobre o acesso direto pelo fisco sem autorização judicial. Revista da AJURIS, v. 41, n. 135, 2014, p. 104.

²⁴⁵ “(...) a autorização expressa do artigo 145, § 1º, da Constituição brasileira, que representa exceção ao direito ao sigilo bancário (CF, art. 5º, X e XII), para que a Administração tributária tenha acesso direto a dados que lhe auxiliem a identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes, possibilitando assim a real vivência do caráter pessoal do imposto de renda, da generalidade, universalidade e progressividade desse imposto, e dos princípios da vedação de tratamento fiscal discriminatório em relação aos contribuintes, da

a administração tributária, como integrante da administração pública direta, detém poder de polícia para a prática de seus atos (que são autoexecutáveis) e não demandam o recurso ao Judiciário, não havendo que se falar em conflito entre os Poderes Executivo e Judiciário.²⁴⁶ E, ainda, como quinta argumento, não pode considerar, como se alega, que a RFB seria parte interessada na relação obrigacional tributária, o que poderia leva-la a se utilizar da informação coletada para fins de aumento da arrecadação; nada mais equivocado em termos legais, uma vez que RFB, embora tenha como uma de competências a arrecadação de tributos, permanece devendo obediência aos princípios da Administração Pública (art. 37 da CF, dentre eles a legalidade, a moralidade e a impessoalidade) não podendo exceder suas funções.²⁴⁷ O acesso da administração tributária às informações financeiras (informações não contidas no núcleo da intimidade) atende a interesse público de aferição da obrigação tributária e de possibilidade de conhecimento dos fatos do mundo pela RFB, não aumentando ou reduzindo o espectro da competência do fisco, que se mantém intacta e deve sempre estar atrelada a atos vinculados, em observância aos princípios constitucionais tributários e da Administração Pública.

Além disso, em decorrência de expressa disposição legal (de nível e competências adequados em termos de norma), a administração tributária, em especial a RFB, pode solicitar, em bases contínuas (art. 5º da LC 105) ou intermitentes (art. 6º da LC 105), informações financeiras diretamente aos contribuintes ou por meio de suas instituições

capacidade contributiva, da livre concorrência”. SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Sigilo Bancário E A Administração Tributária No Brasil. Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília: Escola de Direito, v. 7, n. 2, p. 174-268, 2014, p. 90; em mesmo sentido NIGRI, Tânia. Sigilo bancário: direito à intimidade e à vida privada? Acessível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI13140,31047-Sigilo+bancario+direito+a+intimidade+e+a+vida+privada>, p. 4: “*Ora, se a Lei Maior elencou a finalidade da Administração Tributária, qual seja, a arrecadação para atender aos encargos estatais, respeitados, indeclinavelmente, os princípios da pessoalidade e da capacidade contributiva, por óbvio, também conferiu a ela os meios para conferir efetividade a tal missão, deferindo aos seus agentes um amplo poder fiscalizatório*”.

²⁴⁶ “*A quebra do sigilo bancário dos contribuintes pela Administração Pública decorre do seu poder de polícia, mecanismo de frenagem de que dispõe para conter os abusos do direito individual. Como todo o ato administrativo decorrente do poder de polícia, a transferência de informações financeiras goza do seu atributo de autoexecutoriedade, que se reveste da faculdade de a Administração decidir e executar a sua decisão por seus próprios meios, sem intervenção do Judiciário*”. PRODANOFF, Cristina Rodrigues Leitão. Sigilo Bancário. Monografia Final de Especialização em Direito Processual Tributário. Universidade De Brasília – Escola De Administração Fazendária, Rio de Janeiro, 2008, p. 44.

²⁴⁷ “*Contrariando a alegação de que o Fisco seria parte interessada na arrecadação do tributo, a Ministra Ellen Gracie esclarece que, embora a atividade tributária tenha por meta a arrecadação, não se pode olvidar que o ente tributante deve obediência aos princípios que norteiam a Administração Pública (art. 37 da CF/1988), entre eles a legalidade, a moralidade e a impessoalidade e, portanto, estaria impedido de arrecadar além daquilo que já se encontra previsto na lei*”. CAMBI, Eduardo; POMPÍLIO, Gustavo. Sigilo bancário: A visão do STF sobre o acesso direto pelo fisco sem autorização judicial. Revista da AJURIS, v. 41, n. 135, 2014, p. 102.

financeiras.²⁴⁸ Estes procedimentos se materializam por meio do cumprimento de obrigações acessórias pelos contribuintes e pelos intermediários, bem como pela realização de procedimentos de fiscalização pela RFB.

Em qualquer hipótese, a RFB somente poderá acessar as informações caso (i) tenha seguido estritamente o procedimento previsto na LC 105 em sua regulamentação para recebimento ou coleta dessas informações financeiras, para que não haja, inclusive, infração ao dever de sigilo das instituições financeiras, e (ii) a fiscalização pontual, que pode solicitar mais informações aos contribuintes ou às suas instituições financeiras, somente poderá ocorrer quando da verificação de indícios de infrações tributárias, seja com base nas informações à disposição da RFB ou daquelas continuamente remetidas, e que se limitam à identificação dos contribuintes e a montantes globais de movimentação mensal.²⁴⁹ Em qualquer um dos procedimentos é vedado à RFB coletar informações financeiras que, por adentrarem no núcleo de intimidade do contribuinte, denotam a origem dos recursos e a natureza das despesas²⁵⁰ (em que pese, ao tratar sobre o mercado de capitais, os recursos aplicados não poderem ser considerados despesas, mas sim investimentos ou aplicações, e acabam por ser identificados em grandes grupos, nos termos do art. 3º, VI, do Decreto 4.489/2002).

Na esteira da discussão sobre a violação dos direitos fundamentais, entre eles o da privacidade e do devido processo legal, está a questão sobre a necessidade de autorização do Poder Judiciário para que terceiros possam ter acesso a informações privadas dos indivíduos, inclusive a administração tributária em relação aos contribuintes.

²⁴⁸ “Haveria violação de Direito Fundamental caso a quebra fosse arbitrária ou sem o devido processo legal. Daí porque a Lei Complementar 105/2001 traçou minuciosamente o procedimento administrativo a ser seguido pelas autoridades fazendárias no caso de necessidade de acesso a conta bancária do cidadão, ficando os atos administrativos limitados pelas regras legais e pelos princípios constitucionais.”. CAVALCANTE, Denise Lucena. Sigilo bancário e o devido processo legal. Revista da AGU, Brasília, Edição Especial, 2002, p. 2.

²⁴⁹ “Somente a partir da detecção de indícios de irregularidades tributárias e observados os critérios de relevância e interesse fiscal, é que a autoridade fazendária instaura procedimento de fiscalização, o que possibilita a requisição dos documentos financeiros. A utilização das informações sobre movimentação financeira pela administração tributária fica adstrita ao procedimento de fiscalização e está sujeita à observância das regras de sigilo fiscal, estando o servidor sujeito às sanções, caso utilize ou viabilize a utilização das informações em finalidade diversa, bem como divulgue ou facilite a divulgação das mesmas. Portanto, não há quebra do sigilo bancário, mas sim uma transferência deste que se transforma em sigilo fiscal perante a administração tributária.”. MAEBAYASHI, Auro Kazuto. Transferência de informações submetidas ao sigilo bancário. PUC-RS, 2008, p. 78.

²⁵⁰ “As informações transferidas para a receita são feitas em montantes globais, não sendo possível identificar a origem ou a natureza dos gastos, ademais permaneceram sob sigilo, razão pela qual não há que se suscitar serem ofensivas à intimidade e a vida privada.”. CRUZ, Edineide Pinto da. Constitucionalidade da transferência de informações bancárias para a Receita Federal preconizada na lei complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. 2012. 81 f. Monografia (Graduação) - Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2012, p. 7.

E em nenhum momento a CF ou a legislação tributária determinam que a administração tributária, para o exercício de suas competências, inclusive para fins de solicitação de informações financeiras sigilosas, deveria recorrer ao Poder Judiciário.²⁵¹

O acesso pela RFB às informações financeiras, sem necessidade de autorização judicial, mas adotando-se os procedimentos de supervisão e fiscalização, observados os requisitos e trâmites previsto na legislação, faculta à RFB cumprir com as competências que lhe são outorgadas por lei, em especial tornado a fiscalização mais efetiva (em termos de consecução dos objetivos) e eficiente (em termos de redução de custos e redução da evasão fiscal) para fins de arrecadação e também em termos de conhecimento técnico sobre os diversos objetos sobre os quais incide a tributação, permitindo que a RFB auxilie na interpretação e construção do sistema tributário brasileiro e atue na efetividade dos princípios da legalidade, da pessoalidade do imposto de renda, da igualdade e da capacidade contributiva. Este conjunto de elementos, uma vez observados, partindo-se da permissão legal delimitada e fundamentada para que ocorra o acesso às informações financeiras, trabalham em favor de uma sociedade não só mais solidária, mas também mais justa.²⁵²

Ademais, ao reduzir os níveis de evasão tributária por meio da fiscalização, e tudo o mais constante na economia, a RFB deveria tornar desnecessário o aumento de tributos, bem como deveria promover a melhora na distribuição da carga tributária, esta última, de forma

²⁵¹ “A Constituição foi explícita em viabilizar o acesso da administração tributária ao patrimônio, aos rendimentos e às atividades econômicas do contribuinte, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei. De forma que inexistente reserva de jurisdição na matéria, nada impedindo que a lei defina a possibilidade de acesso aos dados bancários pela autoridade tributária.”. MAEBAYASHI, Auro Kazuto. Transferência de informações submetidas ao sigilo bancário. PUC-RS, 2008, p. 77.

²⁵² “O conhecimento das informações bancárias dos contribuintes pelas autoridades fiscais envolvidas na troca, sem necessidade de autorização judicial prévia, dá condições para uma eficiente fiscalização, isto é, propiciará os meios para aumentar a arrecadação através de procedimentos de fiscalização mais céleres e eficazes, sem a necessidade de aumentar os tributos, e com melhor distribuição da carga tributária, obedecendo-se aos princípios da capacidade contributiva e da igualdade fiscal.”. LIMA, Carlos Henrique Falcão de. As trocas de informação fiscais entre Estados estrangeiros na prevenção e combate à lavagem de dinheiro. 2011. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2011, p. 92; “O conhecimento das informações bancárias do contribuinte pelas autoridades fiscais, sem necessidade de autorização judicial prévia, propicia à fiscalização federal meios de aumentar a arrecadação, através de procedimentos de fiscalização mais céleres e eficazes, sem aumento de tributos e com melhor distribuição da carga tributária, indo ao encontro do anseio nacional de construção de uma sociedade justa e solidária, e obedecendo-se aos princípios da capacidade contributiva e da igualdade fiscal.”. PRODANOFF, Cristina Rodrigues Leitão. Sigilo Bancário. Monografia Final de Especialização em Direito Processual Tributário. Universidade De Brasília –Escola De Administração Fazendária, Rio de Janeiro, 2008, p. 44; e “Reconhecendo-se ao Fisco o direito de obter os meios adequados e eficientes de controle das ocorrências dos fatos geradores tributários, diante das declarações e dos dados recebidos, aí sim, os princípios constitucionais da legalidade, da pessoalidade do imposto de renda, da igualdade e da capacidade contributiva gerarão uma sociedade não só solidária, mas também justa.”. SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Sigilo Bancário E A Administração Tributária No Brasil. Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília: Escola de Direito, v. 7, n. 2, p. 174-268, 2014, p. 33.

prática, buscando o cumprimento das obrigações tributárias²⁵³ por todos os contribuintes, para que não apenas aqueles que cumprem espontaneamente com suas obrigações arquem com a carga tributária.²⁵⁴

Não se pode deixar de considerar, igualmente, que no âmbito dos procedimentos administrativos tributários, posteriores ou paralelos aos procedimentos de fiscalização, deve haver a observância ao contraditório e à ampla defesa, da mesma forma como se dá nos processos judiciais, em respeito aos princípios constitucionais do devido processo legal, do direito ao contraditório e à ampla defesa e ao duplo grau de jurisdição.²⁵⁵

Ademais, a administração tributária (Poder Público) não divulga informações dos contribuintes,²⁵⁶ uma vez que resguardadas pelo sigilo fiscal. Desta forma a Receita não viola direitos constitucionais.

Corroborando com a defesa da legitimidade de o Fisco ter acesso às informações financeiras dos contribuintes,²⁵⁷ Aldemário Araújo de Castro alega que “*quando o Fisco toma conhecimento de informações financeiras dos contribuintes não o faz com o intuito ou com o fim de divulgá-las para terceiros*”. Assegura ainda que “[...] *todos os agentes fiscais*

²⁵³ “*Demonstra-se absolutamente indispensável à atividade fiscalizadora da Administração Tributária o acesso às informações bancárias dos contribuintes, já que a formalização do ato de lançamento, nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional, Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966, é o resultado do exercício do poder/dever do Fisco de investigar e apurar a ocorrência do fato gerador da obrigação, determinando o que deverá ser tributado, calculando o montante de tributo devido, identificando o sujeito passivo e, sendo o caso, aplicando, também, a penalidade cabível.*”. NIGRI, Tânia. Sigilo bancário: direito à intimidade e à vida privada? Acessível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI13140,31047-Sigilo+bancario+direito+a+intimidade+e+a+vida+privada>, p. 4.

²⁵⁴ “*Direito fundamental dos contribuintes que o Estado zele pelo cumprimento desses princípios, obstando-se assim que os que não podem fugir da tributação venham a pagar, ainda mais, para fazer face aos tributos sonegados por outros.*”. SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Sigilo Bancário E A Administração Tributária No Brasil. Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília: Escola de Direito, v. 7, n. 2, p. 174-268, 2014, p. 91.

²⁵⁵ “*Em relação à exigência do contraditório e ampla defesa como corolário do devido processo legal, a quebra de sigilo bancário não implica em exigência tributária automática sem direito de impugnação, nem condenação criminal sem defesa. O processo administrativo fiscal obedece rigorosamente os postulados da ampla defesa e do contraditório, sendo que o contribuinte terá, em todos os casos, resguardado a possibilidade de defender-se de qualquer exigência da administração tributária.*”. MAEBAYASHI, Auro Kazuto. Transferência de informações submetidas ao sigilo bancário. PUC-RS, 2008, p. 78.

²⁵⁶ “*Ademais, como o sigilo bancário só tem sentido enquanto protege o contribuinte contra o perigo da divulgação ao público em geral, nunca quando a divulgação de informações bancárias é para as autoridades administrativas competentes, que, sob pena de responsabilidade penal, civil e administrativa, estão, em regra, proibidos de transmitir o que lhes foi dado conhecer, não há perigo de devassa ou quebra de sigilo bancário que venham a perturbar as relações jurídicas através do sistema financeiro.*”. SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. O acesso direto aos dados bancários por parte do fisco: a transferência do sigilo bancário para o sigilo fiscal. Revista Fórum de Direito Tributário, Belo Horizonte, v. 2, n. 11, set. 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/42151>>. Acesso em: 03 out. 2016, p. 37.

²⁵⁷ Vale reiterar, uma vez mais, que “quebra de sigilo” é diferente de “invasão da privacidade”. Quando há razões para que a informação seja acessada, mesmo que a privacidade seja invadida, mas respeitando o núcleo da intimidade, está sendo ponderado o que é mais relevante, e isso pesa em favor do interesse público (que é diferente do interesse do fisco ou do governo).

*estão obrigados a resguardar as informações manuseadas sob pena de responsabilidade penal e administrativa”.*²⁵⁸

Conforme tal entendimento, as informações financeiras a que o fisco tem acesso (pelo sistemática de supervisão contínua ou pela fiscalização por meio de procedimentos administrativos específicos) resultam em uma transferência do dever de guarda, proteção, resguardo e sigilo dessas informações, deixando de existir um sigilo bancário para existir um sigilo fiscal,²⁵⁹ portanto, sem afronta ao direito dos contribuintes.²⁶⁰ A RFB acessa tais informações para determinados fins, não podendo, nem RFB e nem seus servidores, utilizarem para finalidades outras que não aquelas previstas nas competências da RFB, devendo garantir o sigilo dessas informações perante terceiros, mesmo internamente na administração tributária. Como dito, ocorre mera transferência à administração tributária (e a seus servidores) do sigilo a que já estão sujeitas as instituições financeiras pela LC 105.

Assim, em que pese a existência do direito à privacidade, a administração tributária não poderia ser cerceada quanto ao seu direito de zelar pelos princípios constitucionais tributários e pela arrecadação, o que se concretiza por meio do exercício de suas competências, dentre elas a atividade de fiscalização. E, sem o acesso direto a informações financeiras, a administração tributária estaria vendada, sem ter meios de apurar e fiscalizar se os montantes arrecadados encontram-se adequados ou se há indícios (pelo menos) de infração à ordem tributária.

Indevido, portanto, o entendimento ventilado por parte da doutrina no sentido de que a administração tributária demandaria o acesso a informações financeiras para fins de majoração da arrecadação para além do que a legislação tributária determina. Tais informações financeiras, necessárias à consecução da atividade de fiscalização da administração tributária, e desde que obtidas de acordo com os preceitos definidos em lei, auxiliam na identificação de infrações ao sistema tributário, permitindo a devida

²⁵⁸ CASTRO, Aldemario Araujo. A constitucionalidade da transferência do sigilo bancário para o fisco preconizada pela lei complementar no 105/2001. Disponível em: <<http://www.aldemario.adv.br/sigilob.htm>> Acesso em: 05 de maio de 2016.

²⁵⁹ “*O principal argumento para defender que o Fisco pode acessar diretamente os dados de seus contribuintes é de que não há, propriamente, quebra de sigilo bancário, mas sim transferência de sigilo.*”. CAMBI, Eduardo; POMPÍLIO, Gustavo. Sigilo bancário: A visão do STF sobre o acesso direto pelo fisco sem autorização judicial. Revista da AJURIS, v. 41, n. 135, 2014, p. 101.

²⁶⁰ “*Conforme já exposto, não há qualquer violação à intimidade e à vida privada do contribuinte, uma vez devem ser preenchidos inúmeros requisitos previstos na lei e observados os direitos do particular, havendo mera transferência dos dados protegidos pelo sigilo bancário para o abrigo do sigilo fiscal. O agente administrativo deve guardar sigilo tanto quanto o funcionário da instituição financeira.*”. SOUZA, Mayara Mariano Alves de. O acesso direto pela administração tributária aos dados bancários do contribuinte como instrumento de realização da justiça fiscal. 2015. 64 f. Monografia (Bacharelado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2015, p. 54.

arrecadação, bem assim o entendimento do funcionamento dos eventos tributáveis (no caso do presente estudo, o funcionamento das operações de renda variável em mercados organizados).

Não se pode admitir a alegação genérica e não fundamentada de que se está a “infringir direitos fundamentais, como o da privacidade” ao se permitir o acesso de órgãos da Administração Pública, incluindo aqui não apenas a RFB, mas também o BC e a CVM, a informações financeiras dos indivíduos, uma vez que a consecução das competências por estes órgãos visa materializar uma série de postulados e princípios constitucionais e da Administração Pública, e especificamente em relação às informações financeiras a que tem direito (e dever) de acesso, diretamente ou por meio de instituições financeiras, estas nada mais são do que objetos de análise e auxílio à fiscalização do cumprimento da legislação e regulamentação.

Dizer que qualquer um desse órgãos, dentro dos limites legais previamente estabelecidos, não podem ter acesso a informações a não ser por meio de decisões judiciais é o mesmo que dizer que eles estão impossibilitados de exercer suas competências e cumprir com suas funções de forma autoexecutável. Aqui sim teríamos uma afronta à repartição de poderes dentro de um regime constitucional democrático, uma vez que o Executivo, para exercer suas funções, deveria sempre recorrer ao Judiciário, esvaziando suas atividades. Certamente, não é o que pretende o texto constitucional.

E, caso não se permitisse o exercício da atividade fiscalizatória pela RFB, estar-se-ia admitindo e institucionalizando a possibilidade de que o contribuinte, ciente da vedação de acesso pela administração tributária às suas informações financeiras, não só tivesse um incentivo inverso a prestá-las adequadamente em suas declarações, mas também que não realizasse os recolhimentos de tributos devidos, ou que os terceiros responsáveis tributários pela retenção de recolhimento de tributos tivessem mais incentivos comerciais em não realizar retenções e recolhimentos tributários do que de o fazerem sob receio de aplicações de penalidades. E isso porque a informação não seria facilmente acessível, tornando interessante a ponderação entre cumprir ou não a legislação.

O acesso às informações financeiras pelo fisco torna sua atividade fiscalizatória mais eficiente, e permite identificar infrações ao sistema tributário, reduzindo a necessidade de aumento de tributação e promovendo justiça tributária²⁶¹ (ao não permitir que os infratores,

²⁶¹ “Comumente, a majoração do tributo torna-se uma solução para compensar a perda arrecadatória provocada pela elevação da sonegação fiscal. Dessa forma, o cidadão que cumpre com suas obrigações

que agem em detrimento daqueles que cumprem com suas obrigações, deixem de arcar com suas obrigações tributárias e não sejam identificados e punidos) ao não deixar que a falta de informações seja uma bengala e benesse aos infratores camuflada de direito fundamental²⁶². Lembrando, sempre, que a RFB e outras administrações tributárias estão adstritas à realização de atos previstos em lei e tendo suas atividades sujeitas aos princípios da Administração Pública.

Não fossem suficientes os argumentos constitucionais e vinculados à LC 105, há também um movimento internacional²⁶³ que visa a flexibilização do sigilo bancário previsto nos ordenamentos jurídicos de diferentes países, no intuito de que o Estado possa ter acesso a informações financeiras e, com isso, combata a lavagem de dinheiro, o tráfico de drogas e de pessoas, a corrupção e a evasão de divisas, em suas diferentes formas e procedimentos.

Ademais, para a consecução de seu objetivo de arrecadação, a RFB não exerce apenas a sua atividade de fiscalização, mas também deve atuar em prol do aperfeiçoamento do sistema tributária e da interpretação dos fatos e normas, o que também só é possível com a absorção de conhecimento sobre o funcionamento e dinâmica da economia, o que se dá por meio do acesso a informações financeiras dos diversos mercados, dentre eles o mercado de capitais, conforme se verá no Capítulo 3.

tributárias acaba sendo onerado excessivamente, uma vez que arca com o seu tributo e com os tributos sonegados, o que acarreta em uma evidente desigualdade entre os contribuintes.”. SOUZA, Mayara Mariano Alves de. O acesso direto pela administração tributária aos dados bancários do contribuinte como instrumento de realização da justiça fiscal. 2015. 64 f. Monografia (Bacharelado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2015, p. 53.

²⁶² “O que não se pode permitir, arrimados no pensamento de Sacha Calmon Navarro Coelho, é que a ordem jurídica de um país razoavelmente civilizado faça do sigilo bancário um baluarte em prol da impunidade, a favorecer proxenetas, ladrões, bicheiros, corruptos, contrabandistas e sonegadores de tributos. O que cumpre ser feito é uma legislação cuidadosa que permita a manutenção dos princípios da privacidade e do sigilo de dados, sem torná-los bastiões da criminalidade.”. MACEDO, Amílcar Fagundes Freitas. Sigilo - bancário e fiscal, Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 62, nov. 2008 – abr. 2009, p. 17; “Assim, a oponibilidade do sigilo bancário em face da Administração Tributária acaba por contribuir com a ineficácia da fiscalização administrativa, e, por conseguinte, ainda estimula a sonegação fiscal, dada as dificuldades de descoberta do ilícito pelo Estado.”. SOUZA, Mayara Mariano Alves de. O acesso direto pela administração tributária aos dados bancários do contribuinte como instrumento de realização da justiça fiscal. 2015. 64 f. Monografia (Bacharelado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2015, p. 53.

²⁶³ “Existe um nítido movimento internacional no sentido da flexibilização do sigilo bancário sem intermediação do Poder Judiciário, tendo em vista a necessidade de combate à lavagem de dinheiro oriundo de práticas criminosas e de viabilização, em novos patamares, da fiscalização e arrecadação tributárias.”. CASTRO, Aldemario Araujo. A constitucionalidade da transferência do sigilo bancário para o fisco preconizada pela lei complementar n. 105/2001. Jus Navigandi, Teresina, n. 51, 2001, p. 1.

2.8.2 A recente jurisprudência sobre a oposição de sigilo bancário ao fisco

Para fins metodológicos e para que se tenha a visão mais recente da jurisprudência do STF sobre a possibilidade de “quebra” de sigilo bancário pelas administrações tributárias e eventual reserva de jurisdição para acesso por aquelas às informações financeiras, pode-se definir como marco divisório o ano de 2010.²⁶⁴

Antes dessa data,²⁶⁵ o STF já havia se posicionado por duas vezes a respeito do tema: (i) em 1995, no MS 21.729,²⁶⁶ ao determinar que o Banco do Brasil não poderia negar ao Ministério Público informações bancárias referentes a empréstimos concedidos com recursos subsidiados pelo Poder Público federal, em procedimento de defesa do patrimônio público; e (ii) em 2000, no MS 23.480,²⁶⁷ também admitindo ser possível a quebra ou a transferência direta de sigilo bancário em relação às Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs), desde que a decisão fosse devidamente fundamentada.²⁶⁸

Até 2010, o STF ainda não havia firmado posicionamento em relação ao acesso às informações bancárias por parte do fisco, embora o STF, em 2009, tenha reconhecido repercussão geral em relação à referida matéria no RE 601.314/SP,²⁶⁹ e já houvessem Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIn), desde 2001, questionando a constitucionalidade de disposições da LC 105.

Mas no ano de 2010, em duas ocasiões, o STF posicionou-se acerca do acesso pelo Fisco às informações bancárias detidas por instituições financeiras, nos termos da LC 105.

²⁶⁴ Mesmo antes de constitucionalizar-se a regra sobre proteção do sigilo, o STF, no Mandado de Segurança n. 2.574 - MG (RTJ, 2/429), posicionou-se no sentido de proteger de terceiros as fichas cadastrais dos bancos, assentando que “*não há lei que obrigue um banco a exibir o seu fichário cadastral de natureza sigilar e de seu uso privado. Assim é ilegal, e pode ser anulado por mandado de segurança, a ordem judicial de exibição*”. O voto do Min. VILLAS BOAS continua: “*As fichas cadastrais são organizadas pelos bancos para seu uso exclusivo, pertencendo ao seu arquivo secreto. Nelas são consignadas informações várias sobre a idoneidade financeira e moral dos que operam na praça. (...) Constituindo esse documentário, de natureza sigilar, que não é comum às partes mas privativamente seu, o Banco não pode ser compelido a mostrá-lo a quem quer que seja ainda que a sua recusa, como no caso, possa ser interpretado como falta de colaboração com a Justiça.*”.

²⁶⁵ No âmbito do STF pode-se dizer que, até 2010, a maioria dos Ministros (com exceção, na década de 90, dos Ministros Sepúlveda Pertence e Francisco Rezek) tendia a ver o sigilo bancário como desdobramento do direito à Privacidade constante do art. 5º, X da Constituição. O mesmo ocorrendo no STJ, como pode ser exemplo o entendimento unânime da Primeira Turma, no Recurso Especial n. 37.566-5-RS, de que foi Relator o Min. Demócrito Reinaldo (RSTJ., 60/357).

²⁶⁶ STF, MS 21.729, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 05.10.1995, DJ 19.10.2001.

²⁶⁷ STF, MS 23.480, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, J. 04.05.2000, DJ 15.09.2000.

²⁶⁸ Como exceção jurídica acerca da vedação ao sigilo bancário, reconhece-se às comissões parlamentares de inquérito (CPIs) o condão de solicitar diretamente (sem intervenção do Poder Judiciário) informações financeiras das instituições bancárias relativas a seus investigados, isso porque, conforme aduz o art. 58, §3º da CF, as CPIs possuem poderes investigatórios próprios das autoridades judiciais.

²⁶⁹ STF, RE 601.314/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, J. 22.10.2009, DJe 19.11.2009.

A primeira em 24/11/2010, ao julgar a Ação Cautelar nº 33,²⁷⁰ os ministros negaram referendo à medida cautelar (que havia sido anteriormente concedida pelo relator, Min. Marco Aurélio), permitindo, com isso, superar a decisão pelo efeito suspensivo da cautelar, e permitindo que o Fisco acessasse as informações do contribuinte requerente. Na sequência, ainda naquele ano, o STF voltou a analisar a questão quando do julgamento do Recurso Extraordinário referente ao mesmo caso anterior (RE 389.808/SP²⁷¹), mudando seu posicionamento e decidindo, por 5 votos a 4,²⁷² que a quebra de sigilo bancário deveria ser submetida à decisão de órgão equidistante, ou seja, o Poder Judiciário.

Ocorre que, desde 2000, o STF já havia firmado orientação no sentido de que os direitos e garantias individuais (como o direito à privacidade), por total ausência de disposição nesse sentido e pelo reconhecimento de que podem haver interesses públicos a justificar a relativização, razoável e fundamentada, de tais direitos (MS 23.452²⁷³). Além disso, segundo a jurisprudência do STF, o sigilo bancário é espécie do direito à privacidade, inerente à personalidade das pessoas, corolário do art. 5º, X, da CF.²⁷⁴ Assim, partindo-se da noção de que o direito fundamental à privacidade não é absoluto, restava ao STF decidir-se pela existência ou não de reserva de jurisdição para que o fisco pudesse acessar informações financeiras cobertas pelo sigilo bancário.

Assim, considerando a orientação já existente, e com base nos dois últimos posicionamentos do STF sobre a matéria em 2010 (acima referidos), pode-se extrair os argumentos em que se basearam os ministros, favorável e contrariamente ao acesso do fisco às informações sigilosas mediante reserva de jurisdição.

Dentre os ministros do STF que se posicionaram pela necessidade de ordem judicial para que o fisco acesse informações sujeitas à sigilo bancário destacam-se os

²⁷⁰ STF, ACaut 33/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 24.11.2010, DJ 10.02.2011.

²⁷¹ STF, RE 389.808/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 15.12.2010, DJ 10.05.2011.

²⁷² Ausente o Min. Joaquim Barbosa, que já se manifestara, quando do julgamento da ACaut 33, em prol da constitucionalidade da LC 105, o que poderia ter alterado o resultado do julgamento do RE 389.808.

²⁷³ “Os direitos e garantia individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas (...)permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.”. STF, MS 23.452, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, J. 16.09.1999, DJ 12.05.2000.

²⁷⁴ STF, RE 219.780. Brasília, J. 13.05.1999.

posicionamentos de Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso, Gilmar Mendes²⁷⁵ e Celso de Mello.²⁷⁶ Os principais argumentos por eles utilizados são: (i) entendimento no sentido de o fisco ser parte interessada na cobrança do tributo, podendo, em razão dessa condição, promover ações eventualmente arbitrárias; (ii) a interpretação do art. 145, §1º, da CF, leva ao entendimento de que cabe ao fisco o dever de respeitar os direitos fundamentais dos contribuintes, e, portanto, apenas o Poder Judiciário poderia decidir sobre situações de afronta ao direito da privacidade; (iii) necessidade de uma causa provável que justifique o acesso às informações financeiras sujeitas ao sigilo, cabendo apenas ao Poder Judiciário decidir acerca de sua efetiva existência, uma vez que é sua atribuição sopesar princípios e interesses (decorrência do princípio do devido processo legal, cabendo ao judiciário apreciar com seriedade e razoabilidade); (iv) a solicitação de autorização para acesso às informações sigilosas pelo fisco ao Poder Judiciário não representará nenhum embaraço aos procedimentos administrativos, uma vez que o STF já se manifestou no sentido de afastar a garantia da inviolabilidade do sigilo que protege as informações financeiras bancárias, desde que existente interesse público premente em jogo.

Neste sentido, posiciona-se ainda o Min. Celso de Mello:

A decretação da quebra de sigilo bancário, ressalvada a competência extraordinária das CPIs (CF, art. 58, § 3o), *pressupõe, sempre, a existência de ordem judicial, sem o que não se imporá à instituição financeira o dever de fornecer [...] as informações que lhe tenham sido solicitadas.*²⁷⁷ (grifos nossos).

Em sentido contrário, ou seja, militando pelo acesso direto do fisco às informações financeiras sujeitas ao sigilo bancário, sem reserva de jurisdição, perfilam-se os ministros Ellen Gracie (em relação à AC 33), Dias Toffoli (em relação ao RE 389.808/PR), Joaquim Barbosa, Ayres Brito e Cármen Lúcia.²⁷⁸ Os argumentos que baseiam seus posicionamentos

²⁷⁵ Importante destacar que o Min. Gilmar Mendes alterou sua posição entre os votos proferidos na AC 33 e no RE 389.808/PR, deixando de se posicionar pelo acesso direto para passar a defender a reserva de jurisdição.

²⁷⁶ Para melhor conhecimento sobre a posição adotada pelo Min. Celso de Mello: “Sabemos que a tutela jurídica da intimidade constitui - qualquer que seja a dimensão em que se projete - uma das expressões mais significativas em que se pluralizam os direitos da personalidade. Trata-se de valor constitucionalmente assegurado (CF, art. 5º, X), cuja proteção normativa busca erigir e reservar, em favor do indivíduo - e contra a ação expansiva do arbítrio do Estado - uma esfera de autonomia intangível e indevassável pela atividade persecutória do Poder Público.”. Agravo Regimental em Inquérito no 897-DF.

²⁷⁷ STF, RE 389.808/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 15.12.2010, DJ 10.05.2011.

²⁷⁸ A Min. Cármen Lúcia (RE 389.808/PR) entende que a Receita Federal, ao solicitar informações dos contribuintes a instituições financeiras, “não está indo contra ao que prevê a Constituição Federal, uma vez que não fere o princípio da privacidade, pois os dados quando obtidos pelo Fisco não estão autorizados a serem divulgados publicamente”. Não haveria, assim, “quebra” de sigilo, “mas apenas são transferidos de um órgão da administração para outro para o cumprimento das finalidades da administração Pública”.

são, em síntese: (i) quando do acesso do fisco às informações financeiras sujeitas ao sigilo junto às instituições financeiras, não ocorre “quebra” de sigilo, mas sim transferência de sigilo, uma vez que a administração tributária também deve resguardar o sigilo das informações recebidas, nos termos do art. 198 do CTN (sigilo fiscal), e não haveria nenhuma violação à privacidade dos contribuintes, além do que não há nenhuma disposição legal no sentido de que o sigilo bancário das instituições financeiras é mais protetivo do que o sigilo fiscal; (ii) o fisco não é parte interessada na arrecadação do tributo, mas sim possui essa atividade como sua competência (atividade administrativa plenamente vinculada – art. 3º do CTN), devendo obediência aos princípios que norteiam a Administração Pública (art. 37 da CF), como a legalidade, a moralidade e a impessoalidade, e está, portanto, impedido de arrecadar além do que é previsto em lei; (iii) as movimentações bancárias e demais informações financeiras existentes nas instituições financeiras são apenas uma parte das informações que já deveriam ser fornecidas pelos contribuintes à RFB, no mínimo em bases anuais, e, quem pode o mais, pode o menos, independentemente da via; (iv) a realização de fiscalização direta pelo fisco não implica monitoramento permanente ou mesmo devassa na vida privada, mesmo que apenas considerando a econômico-patrimonial, do contribuinte, devendo o fisco observar requisitos e procedimentos para requerer as informações que entende necessárias; (v) não há previsão para a verificação de reserva de jurisdição no art. 5º, X, da CF;²⁷⁹ (vi) sob pena de resultarem vazias as competências tributárias outorgadas às administrações tributárias, os direitos fundamentais, como o da privacidade, não podem servir de obstáculos intransponíveis à concretização dos princípios da personalidade, da capacidade contributiva, da isonomia e da livre concorrência, muito menos contra o dever fundamental de pagar tributos, o que se verificaria se o fisco não pudesse verificar o cumprimento das obrigações pelos contribuintes por meio do acesso às suas informações financeiras; e (vii) havendo irregularidades formais ou desproporcionais no acesso das informações sigilosas pelo fisco, o Poder Judiciário poderá sempre intervir, acionado pelo contribuinte ou pela instituição financeira, inclusive para fins de obtenção de eventual indenização por danos morais ou materiais (e não o inverso – reserva de jurisdição – uma vez que resultaria em evidente congestionamento no Poder Judiciário com o número de demandas para acesso).

Pelos argumentos citados, os ministros entendiam pela constitucionalidade do art. 6º da LC 105, desde que o fisco requeresse informações (i) em relação a períodos determinados,

²⁷⁹ Quando o constituinte quis estabelecer reserva de jurisdição para determinado assuntos, assim o fez expressamente, consoante art. 5º, XI, XII, LXI, da CF.

(ii) apurados em processo administrativo regularmente instaurado, (iii) observada a garantia do devido processo legal, (iv) considerados os requisitos da razoabilidade e da proporcionalidade, e (v) mediante decisão fundamentada, nos termos da LC 105 e do art. 198, §1º, II, do CTN.

Passados cerca de 6 anos, e com uma constituição parcialmente diversa de ministros no STF, este tribunal voltou a analisar a questão da reserva de jurisdição para acesso do fisco às informações financeiras sujeitas a sigilo bancário. A discussão estava contida em cinco ações, sendo um recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida (353 processos sobrestados sobre o tema) (RE 601.314/SP, relatado pelo Min. Edson Fachin²⁸⁰) e quatro ações diretas de inconstitucionalidade (ADI 2390/DF; ADI 2859/DF; ADI 2386/DF; ADI 2397/DF, todas apensadas, por conexão, para julgamento comum, tendo como relator o Min. Dias Toffoli²⁸¹), sendo que as ADIns foram todas apresentadas por partidos políticos (PSC e PTB) e confederações nacionais (do Comércio e da Indústria), respectivamente.

E, por nove votos a dois, o plenário do STF mudou seu entendimento, fixando a compreensão de que o art. 6º da LC 105 é constitucional, o que resulta na desnecessidade de o Poder Judiciário ser provocado (reserva de jurisdição) para permitir que os órgãos fiscais tenham acesso direto aos dados bancários dos contribuintes investigados por ilícitos tributários no âmbito administrativo. Votaram pela constitucionalidade dos dispositivos os ministros Edson Fachin, Dias Toffoli, Luís Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski. Ficaram vencidos no julgamento os ministros Celso de Mello e Marco Aurélio.

O entendimento vencedor foi o de que a norma não configura “quebra” de sigilo bancário, mas sim transferência de informações entre instituições financeiras e o Fisco, ambos protegidos contra o acesso de terceiros. Segundo o STF, como as instituições financeiras e o Fisco têm o dever de preservar o sigilo, não há ofensa à CF.

A partir do estudo dos argumentos dos votos vencedores dos ministros nos autos daqueles processos objetivos foi possível elencar, objetivamente, os seguintes fundamentos: (i) o sigilo bancário não é absoluto e deve ceder espaço ao princípio da moralidade nas hipóteses em que transações bancárias indiquem ilicitudes; (ii) a prática prevista na LC

²⁸⁰ Entidades que entraram como *amicus curiae* do processo: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Banco Central, Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal e Sindicato Nacional dos Auditores da Receita Federal.

²⁸¹ Todas versando sobre declaração de inconstitucionalidade de normas federais que possibilitavam o acesso e utilização pela fiscalização tributária de informações financeiras acobertadas por sigilo bancário (LC 104/2001, art. 1º; LC 105/2001, artigos 1º, § 3º e 4º, 3º, § 3º, 5º e 6º; Decreto 3.724/2001; Decreto 4.489/2002; e Decreto 4.545/2002).

105/2001 é comum em vários países desenvolvidos e a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo questionado seria um retrocesso diante dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil para combater ilícitos como a lavagem de dinheiro e evasão de divisas e para coibir práticas de organizações criminosas; (iii) A LC 105/2001 não viola a CF/88. Isso porque o legislador não estabeleceu requisitos objetivos para requisição de informação pela administração tributária às instituições financeiras e exigiu que, quando essas informações chegassem ao Fisco, ali mantivessem o dever de sigilo. Com efeito, o parágrafo único do art. 6º preconiza que o resultado dos exames, as informações e os documentos deverão ser conservados em sigilo, observada a legislação tributária. Assim, não há ofensa a intimidade ou qualquer outro direito fundamental, pois a LC 105/2001 não permite a "quebra de sigilo bancário", mas sim a transferência desse sigilo dos bancos ao Fisco; e (iv) o art. 6º da LC 105/2001 é taxativo e razoável ao facultar o exame de documentos, livros e registros de instituições financeiras somente se houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Além disso, deve-se também apontar os pressupostos referidos pelo STF para fins de legitimar a solicitação, pelos órgãos tributários, dos dados bancários dos contribuintes. Desta feita, é necessária a observância dos seguintes parâmetros: (i) Estados, Municípios e Distrito Federal podem obter as informações previstas no art. 6º da LC 105/01, uma vez regulamentada a matéria por meio de Decreto, nos moldes do Decreto nº 3.724/2001, existente no âmbito da administração pública federal; (ii) é necessário haver pertinência temática entre a obtenção das informações bancárias e o tributo objeto de cobrança no procedimento administrativo instaurado; (iii) observância ao contraditório pelo fisco, a fim de que o contribuinte tenha ciência e participe do processo administrativo instaurado em seu desfavor; (iv) Necessidade de a solicitação do pedido de acesso aos dados a uma autoridade competente, com poder hierárquico; (v) existência de sistemas eletrônicos de segurança capazes de controlar e permitir a identificação dos agentes responsáveis pelo manejo das informações solicitadas (facilitação da responsabilização de uso indevido); (vi) estabelecimento de mecanismos efetivos de apuração e correção de desvios.²⁸²

O Min. Edson Fachin afirmou que o dispositivo do 6º da LC 105 é constitucional porque a lei estabeleceu requisitos objetivos para o repasse dos dados, os quais, uma vez

²⁸² SILVA, Paulo Roberto Almeida e. Evolução jurisprudencial pelo STF e a quebra de sigilo bancário pelos Órgãos Tributários. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 25 maio 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55969&seo=1>>. Acesso em: 07 dez. 2016.

transferidos ao fisco, permanecem protegidos pelo sigilo. Não haveria que se falar em “quebra” de sigilo, mas apenas transferência de informações entre duas entidades que têm obrigação de sigilo, correspondendo à efetiva *“concretização da equidade tributária”*, porque garante a justiça fiscal.

O Min. Dias Toffoli, por seu turno, apontou dois elementos para basear seu voto: (i) a *“inexistência, nos dispositivos questionados, de violação de direito fundamental, de violação à intimidade, pois não se está fazendo quebra de sigilo, mas afirmando-se este direito”*, uma vez que a Receita tem a obrigação do sigilo fiscal, e os dados bancários não são, em tese, divulgados; e (ii) a *“confluência entre o dever do contribuinte, de pagar tributos, e o dever do fisco, de bem tributar e fiscalizar”*. Toffoli também destacou que a Receita tem a obrigação do sigilo fiscal e que os dados bancários não são, em tese, divulgados. Toffoli também citou *“os mais recentes compromissos internacionais”* assumidos pelo Brasil com o suposto intuito de combater a lavagem de dinheiro, o que também foi defendido pelo governo durante as sustentações orais.

Assim, não havendo de se falar em “quebra” de sigilo bancário pelos órgãos da administração tributária, não se faz necessária qualquer intervenção ou autorização por parte do Poder Judiciário, não consistindo em hipótese de reserva de jurisdição. Em mesmo sentido, não há violação ao direito de privacidade do contribuinte. Apropriado mencionar a indagação feita pelo ministro relator em seu voto: *“Como se haveria de falar em violação ao sigilo bancário, no presente caso, se não há qualquer acesso de terceiros a tais dados, que não tão somente as autoridades tributárias investigatórias?”*

Avulta notar, ainda, na análise dos argumentos invocados pelo relator em seu voto, a ideia de que uma eventual declaração de inconstitucionalidade do art. 6º da LC 105/01 poderia representar um retrocesso no país em matéria de combate à sonegação fiscal e a uma série de crimes que envolvem a circulação internacional de dinheiro de origem ilícita, isso porque o Brasil assumiu uma série de compromissos com a comunidade internacional, visando combater ilícitos como lavagem de dinheiro e evasão de divisas, além de buscar coibir a atuação das organizações criminosas.

Já o Min. Luís Roberto Barroso, primeiro a votar depois dos relatores, afirmou que o tema trata de *“delicadíssima questão”* e reconheceu que tem uma *“posição doutrinária antiga de que a regra geral deve ser a reserva de jurisdição sempre que se cuida de quebra de sigilo”*, mas que *“é uma regra geral que parece merecer atenuação neste caso”*. Isso porque, em seu entendimento, *“se a criação do Estado é um projeto coletivo, deve-se reconhecer que a solidariedade também se projeta no campo fiscal. Assim, o pagamento de*

tributos é dever fundamental lastreado na função fiscal assumida pelo Estado contemporâneo e no elenco de direitos fundamentais que pressupõe o seu financiamento”.

O Min. Teori Zavascki também votou favoravelmente à constitucionalidade da LC 105, afirmando que os dados bancários não estão

no âmbito das informações pessoais pelo artigo 5º. [...] Na verdade, o que a lei fala não é em quebra de sigilo. A lei expressamente autoriza no artigo 6º as autoridades e os agentes fiscais tributários a examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras. Não é para quebrar sigilo, é para examinar. Aqui a lei define um sistema para que não se quebre o sigilo.

Teori também ressaltou que *“todos os contribuintes já têm a obrigação de fornecer isso ao Fisco, ainda que essa obrigação seja de um retrato de um dia específico, o dia 31 de dezembro”*. Isso porque toma-se a discussão acerca da reserva de jurisdição como sendo pautada na privacidade, quando, na verdade, é uma discussão sobre meio de acesso a essas informações (diretamente com o contribuinte ou por meio das instituições financeiras).

Para o Min. Gilmar Mendes, os instrumentos previstos na lei impugnada dão efetividade ao dever de pagar impostos, não sendo medidas isoladas no contexto da autuação fazendária, que tem poderes e prerrogativas específicas para fazer valer esse dever, lembrando que a inspeção de bagagens em aeroportos não é contestada, embora seja um procedimento muito mais invasivo do que o realizado pelo fisco em relação às informações financeiras.

O Min. Ricardo Lewandowski, modificou o entendimento adotado em 2010, no julgamento do RE 389.808, segundo ele porque

me convenci de que estava na senda errada, não apenas pelos argumentos veiculados por aqueles que adotaram a posição vencedora, mas sobretudo porque, de lá pra cá, o mundo evoluiu e ficou evidenciada a efetiva necessidade de repressão aos crimes como narcotráfico, lavagem de dinheiro e terrorismo.

Pelos ministros derrotados na discussão, o Min. Marco Aurélio²⁸³ destacou em seu voto que *“no Brasil pressupõe-se que todos sejam salafrários, até que se prove o contrário”*,

²⁸³ Em seu voto no processo em que se decidiu mudar a jurisprudência e passar a permitir que, depois de decisões de segundo grau que confirmem condenações criminais, a pena de prisão já seja executada, proferido em mesma data na qual se formou maioria a favor da inexistência de reserva de jurisdição para o acesso às informações sigilosas pelo fisco, Marco Aurélio se pronunciou: *“Não vejo uma tarde feliz na vida deste*

entendendo que “*a quebra de sigilo não pode ser manipulada de forma arbitrária pelo poder público*”. Criticou ainda os demais ministros pela virada na jurisprudência, já que, em 2010, seguindo voto dele, o tribunal entendeu ser inconstitucional a quebra de sigilo pelo fisco sem autorização judicial. Observou que “*ante o mesmo texto constitucional*”, mudou-se diametralmente de entendimento, e acrescentou que “*embora não pareça, a nossa Constituição Federal é um documento rígido a gerar essa adjetivação, a supremacia. É ela que está no ápice da pirâmide das normas jurídicas.*”.

Ao fazer referência em seu voto ao art. 5º, XII, da CF, o Min. Marco Aurélio pode ter confundido a fundamentação da discussão, que se encontra no art. 5º, X, da CF, e que não requer reserve de jurisdição. Além disso, entende que “*a regra é a privacidade*”, e que quem detém a prerrogativa de quebrar o sigilo bancário é o Judiciário, mesmo assim de forma limitada pela CF. “*A se reconhecer essa prerrogativa ilimitada da Receita, ter-se-ia uma atuação política para garantir a arrecadação.*”. Considera que a decisão por se permitir o acesso direto do fisco a tais informações “*vulnera a privacidade do cidadão, irmã gêmea da dignidade [art. 1º, III, da CF], concluir que é possível ter-se a quebra do sigilo de dados bancários de forma linear mediante comunicações automáticas, como ocorre segundo instrução da Receita.*”.

O Min. Celso de Mello acompanhou a divergência aberta na pelo Min. Marco Aurélio, votando pela necessidade de ordem judicial para que a Receita Federal tenha acesso aos dados bancários dos contribuintes. Para o ministro, embora o direito à intimidade e à privacidade não tenha caráter absoluto, isso não significa que possa ser desrespeitado por qualquer órgão do Estado. Nesse contexto, em sua opinião, o sigilo bancário não está sujeito a intervenções estatais e a intrusões do poder público destituídas de base jurídica idônea. Isso porque “*a administração tributária, embora podendo muito, não pode tudo*”, e afirmou que, em seu entendimento, a quebra de sigilo deve se submeter ao postulado da reserva de jurisdição, só podendo ser decretada pelo Poder Judiciário, que é terceiro desinteressado, devendo sempre ser concedida em caráter de absoluta excepcionalidade. “*Não faz sentido*

tribunal, na vida do Supremo”, lamentou o ministro Marco Aurélio. “*Revemos uma jurisprudência, que poderia até mesmo dizer recente, para admitir o que eu aponto em votos na turma como execução temporã, açodada, da pena.*”. Para ele, os entendimentos do STF daquela data “*esvaziam, para mim, um modelo garantista decorrente da Carta de 1988. Carta que, não me canso de dizer, veio a tratar os direitos sociais antes de versar, como fizeram as anteriores, a estrutura do Estado.*”. E acrescentou, falando sobre a CF: “*tenho dúvidas, presidente, se mantido esse rumo quanto à leitura dessa carta pelo Supremo Tribunal Federal, ela poderá continuar a ser tida como uma carta cidadã.*”.

que uma das partes diretamente envolvida na relação litigiosa seja o órgão competente para solucionar essa litigiosidade.”

Pode-se, com base nessa análise, perceber que por meio de um novo olhar sobre o tema, o STF evoluiu o pensamento anteriormente fixado sobre a impossibilidade de a RFB ter acesso, independentemente de autorização judicial, aos dados dos contribuintes investigados em processos administrativos que apuram suposta prática de ilícitos tributários. Para tanto o STF utilizou-se da técnica hermenêutica da ponderação de valores²⁸⁴ e da invocação do princípio da harmonização²⁸⁵ para enfrentar e encontrar a solução para o presente caso, pois os parâmetros de controle da constitucionalidade adotados pela CF apoiaram-se no direito fundamental à privacidade/intimidade, bem como no princípio da moralidade administrativa.

Ao declarar a constitucionalidade do art. 6º da LC nº 105/01, o STF, ao invés de fazer a escolha por um daqueles valores (efetivação da privacidade ou moralidade da Administração Pública), aniquilando o outro, optou por harmonizá-los, tendo decidido que a norma prevista naquele dispositivo legal não amolda-se a casos de quebra de sigilo bancário sem reserva de jurisdição, mas, ao revés, trata-se de norma que consagra e festeja o direito fundamental à privacidade do indivíduo (art. 5º, X da CF), uma vez que o acesso aos dados financeiros de investigados pelos órgãos de administração tributária corresponde a mera transferência de sigilo bancário entre instituições estabelecidas.

Importante perceber que o STF, no enfrentamento da questão, fixou pressupostos fáticos e jurídicos para a obtenção da finalidade da norma guerreada na análise da decisão mais recente (art. 6º da LC nº 105/01), qual seja, garantir o respeito ao direito fundamental à privacidade dos cidadãos, bem como assegurar os compromissos internacionais assumidos pela República Federativa do Brasil no que diz respeito ao combate e prevenção a sonegação fiscal.

²⁸⁴ A técnica da ponderação de valores ou interesses é o recurso colocado ao dispor do intérprete para que avalie qual o bem constitucional que deve prevalecer perante situações de conflito. Pelo seu intermédio, procura-se estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos.

²⁸⁵ Segundo Gilmar Mendes, os problemas de concordância prática ou harmonização surgem, sobretudo, em casos de colisão de princípios, especialmente de direitos fundamentais, em que o intérprete se vê desafiado a encontrar um desfecho de harmonização máxima entre os direitos em atributo, buscando sempre que a medida de sacrifício de um deles, para uma solução justa e proporcional do caso concreto, não exceda o estritamente necessário. A concordância prática, segundo o doutrinador, deverá ser encontrada no caso concreto, segundo os parâmetros oferecidos pelo princípio da proporcionalidade. MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, 97.

Realizando-se uma análise dos argumentos invocados no posicionamento vencedor é possível evidenciar que a prevalência de uma interpretação literal, restritiva e estanque, marcada no julgamento do RE 389.808/PR, cederá espaço para a utilização de novas técnicas de hermenêutica constitucional, como a da interpretação conforme,²⁸⁶ da harmonização, da interpretação sistemática²⁸⁷ e da força normativa²⁸⁸ da Constituição.

A ponderação de valores restringiu-se ao aparente conflito entre a garantia da privacidade e intimidade frente ao princípio da moralidade administrativo, não tendo havido efetivo sacrifício de um dos valores em detrimento do outro, restando ambos harmonizados. Tratando-se de transferência de dados entre os órgãos financeiros e o fisco, o sigilo de dados bancários restou preservado, ao mesmo tempo em que o poder atribuído ao fisco para ter acesso a tais dados sem intermediação do Poder Judiciário fora assim atribuído em homenagem ao princípio da moralidade administrativa (a revelação deste princípio torna-se patente no caso em estudo a partir da necessidade de atuação independente e proativa dos órgãos de administração tributária, os quais buscam combater transgressões bancárias que indiquem ilicitudes, o que espelha um atuar com probidade e dever de honestidade do administrador público no trato com a res pública).

Apesar da insurgência dos garantistas, o posicionamento atual do STF mantém um caráter bastante razoável e proporcional, e, por consequência, não é possível enxergar inconstitucionalidade, pois a mera transmissão do sigilo das informações bancárias das instituições financeiras para o fisco constitui o exercício do *jus imperi* do Estado, devendo ser realizada durante a instrução probatória do processo administrativo fiscal, garantindo ao investigado o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

²⁸⁶ Segundo lições de Barroso (2015, p. 336) o princípio da interpretação conforme destina-se à preservação da validade de determinadas normas, suspeitas de inconstitucionalidade, assim como à atribuição de sentido às normas infraconstitucionais, da forma que melhor realizem os mandamentos constitucionais. BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 5. Ed. São Paulo, Saraiva, 2015.

²⁸⁷ Para Barroso (2015, p. 329 e 330), a ordem jurídica é um sistema e, como tal, deve ser dotada de unidade e harmonia. A constituição, afirma, é responsável pela unidade do sistema, ao passo que a harmonia é proporcionada pela prevenção ou pela solução de conflitos normativos. BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 5. Ed. São Paulo, Saraiva, 2015.

²⁸⁸ Pedro Lenza (2015, p. 183), discorrendo sobre o princípio da força normativa da Constituição aduz que os aplicadores da Constituição, ao solucionar conflitos, devem conferir a máxima efetividade às normas constitucionais. LENZA, PEDRO. Direito Constitucional Esquematizado. 19. Ed. São Paulo, Saraiva, 2015.

3 SIGILO BANCÁRIO E INEFICIÊNCIA IMPOSTA À ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Conforme analisado no capítulo anterior, a formação do conceito do sigilo bancário no Brasil foi discutida no âmbito da Constituição, da legislação infraconstitucional e da jurisprudência, em especial no que se refere à possibilidade de acesso do fisco às informações bancárias dos contribuintes diretamente junto às instituições financeiras, sem autorização prévia do Poder Judiciário. Pacificou-se recentemente, contudo, a inexistência da reserva de jurisdição, podendo o fisco ter acesso a tais informações desde que cumpra com os requisitos e procedimentos estabelecidos na legislação e regulamentação aplicável, não obstante as informações periódicas a que o fisco já possui acesso ordinariamente, por meio de obrigações acessórias.

O fundamento que levou o STF a decidir pelo acesso, resultante de um processo de sopesamento de princípios e regras constitucionais, é o interesse público incutido na necessidade de fiscalização (competência funcional da administração tributária) do dever fundamental dos contribuintes de pagar tributo. Garante-se a privacidade, mas dentro de premissas que garantam também à RFB exercer suas atividades em prol de um bem também comum: a manutenção do Estado.

No entanto, em que pese tenha sido este o fundamento da jurisprudência recente e das discussões doutrinárias, é possível que não seja o único fundamento a garantir o acesso ao fisco das informações bancárias dos contribuintes. Há o interesse público no combate à evasão de arrecadação (muito vinculado ao fundamento acima) e ao combate a crimes contra o sistema tributário, à lavagem de dinheiro e ao terrorismo.

Mas há, também, e é o que se busca demonstrar por meio desta dissertação, a existência de um terceiro fundamento, qual seja, o interesse público pela busca da eficiência do sistema financeiro que a administração tributária deve buscar alcançar, considerando os princípios que regem a administração pública e o sistema tributário, e que pode ser verificado, de forma incontestada, quando da análise das operações no mercado de renda variável em bolsa e assemelhados e dos impactos de ineficiência tributária e de mercado que podem resultar da falta de acesso às informações financeiras dessas operações e mercados pelo fisco, com impactos para os contribuintes, para a dinâmica do mercado de capitais e para o próprio fisco. É o que se passa a demonstrar.

3.1 Os princípios constitucionais em matéria tributária

Os princípios vêm ganhando destaque no estudo do Direito. A superação do positivismo clássico para novas formas de ver e de interpretar o Direito trouxe à tona a importância dos princípios em qualquer forma de análise ou estudo de questões jurídicas. No Direito Tributário não seria diferente.

Esse realce dos princípios tem algumas razões. Após a Segunda Guerra Mundial, o positivismo exclusivamente formal e normativista perdeu força. O Direito voltou-se aos valores e à moral. Estes elementos têm sido introduzidos no direito positivo, ou seja, na Constituição e nas leis em geral sob a forma de princípios. Esse primeiro movimento de modernização do Direito teve como consequência a ampliação do espaço para o trabalho dos intérpretes. Ana Paula de Barcellos destaca que

É fácil perceber que existe um vínculo entre essa ampliação e a reaproximação com os valores e a moral: tendo em conta sua abertura e abstração características, a aplicação de valores a casos concretos, ainda que veiculados sob a forma de princípios, exigirá do intérprete um esforço considerável de integração.²⁸⁹

A Constituição Federal de 1988 contém diversos dispositivos de conteúdo vago,²⁹⁰ fato que abre enorme espaço ao intérprete para definir este conteúdo, que, evidentemente, pode sofrer variação em relação ao tempo, espaço e principalmente diante das peculiaridades de um caso concreto. O texto constitucional em vigor também contém dispositivos com caráter compromissório,²⁹¹ o que reflete uma sociedade plural que tem valores, opções e interesses políticos e sociais diferentes. Tal fenômeno acarretará certamente no choque destes valores, opções e interesses, mesmo tudo previsto na Constituição. Especificamente no caso brasileiro, deve-se recordar que a Constituição de 1988 é prolixa, por dispor de temas

²⁸⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 9.

²⁹⁰ Pode-se citar como exemplo os fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º da Constituição Federal), quais sejam: (i) soberania; (ii) cidadania; (iii) dignidade da pessoa humana; (iv) valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e (v) pluralismo político.

²⁹¹ Os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º da Constituição Federal), quais sejam, (i) construir de uma sociedade livre, justa e solidária; (ii) garantir o desenvolvimento nacional; (iii) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e (iv) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, são exemplos de dispositivos constitucionais de caráter compromissório.

bastante variados e com muitas expressões de conteúdo fluido, geral de indeterminado.²⁹² Isso se deve à delegação de competências normativas ao Poder Executivo por parte do Poder Legislativo e ao fenômeno no qual o Poder Judiciário é o novo palco da discussão política – ampliando, assim, o espaço do intérprete.

Feito rapidamente o contexto histórico, cabe agora diferenciar os princípios das regras, tendo como parâmetro o fato de a Constituição ser um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos²⁹³. Segundo Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos,

Regras são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. A aplicação de uma regra se opera na modalidade tudo ou nada: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Na hipótese do conflito entre duas regras, só uma será válida e irá prevalecer.²⁹⁴

Já os autores, ao definirem os princípios, destacaram que estes

contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Em uma ordem democrática, os princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante ponderação: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível. Sua aplicação, portanto, não será no esquema tudo ou nada, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato.²⁹⁵

²⁹² Ana Paula de Barcellos explica que “quando a lei não oferece parâmetros específicos, a validade da ação administrativa acaba por ser aferida em confronto com princípios gerais, constitucionais ou infraconstitucionais, como os da razoabilidade, da eficiência, da moralidade e da economicidade, dentre outros”. BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 14-15.

²⁹³ Assim sendo, deve-se lembrar que regras e princípios têm status de norma jurídica e integram, sem hierarquia entre si, o sistema de referência do intérprete.

²⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 338.

²⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 339.

Há três critérios para distinguir regras e princípios. O primeiro deles, o *conteúdo*, mostra que os princípios são normas que trazem valores a serem resguardados ou fins a serem alcançados. Já as regras nada mais são que a definição de uma conduta – os valores e a finalidade não estão na norma porque o legislador já fez sua decisão, não havendo transferência ao intérprete²⁹⁶. Quanto à *estrutura normativa*, da aplicação de regras não há um processo de racionalização mais aprimorado. Já nos princípios, a norma não traz detalhamento de conduta a ser seguida e, conseqüentemente, o trabalho do intérprete é mais intrincado. Por fim, o terceiro critério é o

modo ou particularidades de sua aplicação: “Regras são proposições normativas aplicáveis sob a forma de tudo ou nada (“all or nothing”). Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo direto e automático, produzindo seus efeitos. Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor. Sua aplicação se dá, predominantemente, mediante subsunção.”²⁹⁷

Como a subsunção é insuficiente e por isso não se aplica aos casos difíceis – situação concreta que dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas -, aplica-se a técnica chamada de ponderação. Daniel Sarmento destaca que

Tal método [ponderação] caracteriza-se pela sua preocupação com a análise do caso concreto em que eclodiu o conflito, pois as variáveis fáticas presentes no problema enfrentado afiguram-se determinantes para a atribuição do ‘peso’ específico a cada princípio em confronto, sendo, por conseqüência, essenciais à definição do resultado da ponderação.²⁹⁸

O mesmo autor enfatiza o objeto da ponderação, que é quando

de fato, estiver caracterizada a colisão entre pelo menos dois princípios constitucionais incidentes sobre um caso concreto. Assim, a primeira tarefa que se impõe ao intérprete, diante de uma possível ponderação, é a de

²⁹⁶ Barroso e Barcellos arrematam: “regras são descritivas de conduta, ao passo que princípios são valorativos ou finalísticos”. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 341.

²⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 342.

²⁹⁸ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 97.

proceder a interpretação dos cânones envolvidos, para verificar se eles efetivamente se confrontam na resolução do caso, ou se, ao contrário, é possível harmonizá-los.²⁹⁹

Na primeira etapa, o intérprete deve detectar “*no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas*”³⁰⁰. O passo seguinte deve ser o momento em que o intérprete examina os fatos e a interação destes com os elementos normativos³⁰¹. Por fim,

É na *terceira* etapa que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção. Relembre-se, como já assentado, que os princípios, por sua estrutura e natureza, e observados determinados limites, podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, à vista de circunstâncias jurídicas ou fáticas, sem que isso afete sua validade. Pois bem: nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, é preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada.³⁰²

Analisada de forma introdutória a importância dos princípios no ordenamento jurídico brasileiro, passa-se ao exame dos princípios constitucionais que norteiam a matéria tributária na Constituição Federal, com reflexos para a legislação brasileira. Serão destacados, com análise específica e breve, os princípios do sistema tributário em que se relacionam com a questão da informação e da possibilidade de acesso para fins de execução da ordem tributária.

²⁹⁹ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 99.

³⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 346.

³⁰¹ Barroso e Barcellos destacam que “Embora os princípios e regras tenham uma existência autônoma em tese, no mundo abstrato dos enunciados normativos, é no momento em que entram em contato com as situações concretas que seu conteúdo se preencherá de real sentido”. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 347.

³⁰² BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 347.

Dessa forma, serão destacados, de forma breve, cinco princípios constitucionais que balizam a atividade tributária no Brasil no tema ora estudado nesse trabalho, quais sejam: (i) princípio da legalidade; (ii) princípio da proporcionalidade; (iii) princípio da razoabilidade; (iv) princípio da eficiência; e (v) princípio da transparência.

O princípio constitucional da *legalidade*³⁰³, classicamente, determina que ninguém será obrigado a fazer algo ou mesmo deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Ou seja, o indivíduo pode fazer tudo o que a lei não proibir.

Há também no texto da Constituição Federal o princípio da *legalidade administrativa* (art. 37, *caput*, CF³⁰⁴). No ponto, o agente público, no exercício de sua função, sempre está sujeito aos ditames da Constituição e, conseqüentemente, do ordenamento jurídico brasileiro como um todo. Se este agente cometer qualquer ato que viole este mandamento, o ato será inválido³⁰⁵.

Ao contrário da legalidade prevista no art. 5º, II, da Constituição, a legalidade administrativa determina que na Administração Pública não exista vontade pessoal – o agente estará sempre “preso” à lei. Hely Lopes Meirelles resume a questão, ao dizer que “*na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza*”, para concluir que “*A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’*”³⁰⁶.

As funções estatais básicas, resumidamente, hoje, são duas: (i) criação da lei e (ii) execução da lei. O agente público, ao executar a lei (atividade que tem como pressuposto o exercício de criação da lei), só pode exercer a atividade administrativa (ou jurisdicional, se for o caso), diante dos parâmetros já constituídos pela atividade do legislador³⁰⁷.

³⁰³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

³⁰⁴ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte”.

³⁰⁵ José dos Santos Carvalho Filho corrobora com o entendimento, ao afirmar que “toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27ª. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013. São Paulo: Atlas, 2014, p. 20.

³⁰⁶ MEIRELLES, Hely Lopes et al. **Direito administrativo brasileiro**. 39ª. ed., atualizada até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 91.

³⁰⁷ No mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho, que complementa: “Por isso é que administrar é função subjacente à de legislar. O princípio da legalidade denota exatamente essa relação: só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27ª. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013. São Paulo: Atlas, 2014, p. 20.

Para o exame dos princípios constitucionais da *proporcionalidade e da razoabilidade*, o primeiro fator a se destacar é que ambos não estão previstos expressamente no texto da Constituição Federal³⁰⁸. Hely Lopes Meirelles defende que estes princípios se envolvem, sendo chamados de “princípio da proibição de excesso, que, em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais³⁰⁹”.

José dos Santos Carvalho Filho ensina que a razoabilidade serve de parâmetro, por exemplo, à atividade jurisdicional, mas este princípio deve ser entendido como critério para se reconhecer que “a valoração se situou dentro dos *standards* de aceitabilidade”. O autor cita como exemplo o fato de um magistrado não poder controlar a conduta do administrador sob a alegação de que não a considerou razoável. Carvalho Filho defende que se o juiz fizer isso, na verdade ele estará substituindo “o juízo de valor do administrador pelo seu próprio”, o que fere “a separação de funções, que rege as atividades estatais.”^{310, 311}

A Administração Pública observará, dessa forma, o princípio da razoabilidade em suas atividades, quando a conduta do agente público for exercida dentro de “padrões normais de aceitabilidade³¹²”. Assim, se a conduta foi considerada irrazoável, é porque não se observou os requisitos constitucionais e/ou legais exigidos para a validade da conduta³¹³.

³⁰⁸ A Constituição do Estado de São Paulo, por exemplo, diferentemente, prevê expressamente o princípio da razoabilidade no rol de princípios concernentes à Administração Pública, em seu art. 111: “Artigo 111 - A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência”.

³⁰⁹ MEIRELLES, Hely Lopes et al. **Direito administrativo brasileiro**. 39ª. ed., atualizada até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 91.

³¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27ª. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013. São Paulo: Atlas, 2014, p. 30.

³¹¹ No mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles: “Registre-se, ainda, que a razoabilidade não pode ser lançada como instrumento de substituição da vontade da lei pela vontade do julgador ou do intérprete, mesmo porque ‘cada norma tem uma razão de ser’”. MEIRELLES, Hely Lopes et al. **Direito administrativo brasileiro**. 39ª. ed., atualizada até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013, p.

³¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27ª. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013. São Paulo: Atlas, 2014, p. 30.

³¹³ Carvalho Filho complementa: “Por outro lado, quando a falta de razoabilidade se calca em situação na qual o administrador tenha em mira algum interesse particular, violado estará sendo o princípio da moralidade, ou o da impessoalidade, como tivemos a oportunidade de examinar”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27ª. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013. São Paulo: Atlas, 2014, p. 30.

Resumindo: há respeito ao princípio da razoabilidade quando a conduta administrativa ocorre dentro dos padrões normais de aceitabilidade³¹⁴³¹⁵.

Já o princípio da *eficiência*, incluído no texto constitucional no *caput* do art. 37 graças à promulgação da Emenda Constitucional nº 19, de 1998³¹⁶, tem como objetivo determinar à Administração Pública e aos seus agentes a obrigação de que os serviços públicos prestados sejam de qualidade, causando o menor custo possível aos cofres públicos³¹⁷. É notória no Brasil a insatisfação dos cidadãos com quase todos os serviços prestados pelo Poder Público, sendo que são poucos os órgãos públicos reconhecidos pela sociedade brasileira como eficientes. Na Administração Tributária, por exemplo, é comum perceber a crítica social a uma possível “fúria arrecadatória”, principalmente contra as pessoas físicas assalariadas ou contra pessoas jurídicas de menor porte. Esses contribuintes dizem, ao mesmo tempo, que os mais ricos e as empresas maiores conseguiriam “escapar das garras” dos órgãos de arrecadação.

Há, no entanto, críticas à inclusão do princípio da eficiência no texto constitucional. Primeiramente, como bem explicado por José dos Santos Carvalho Filho, o termo é impreciso (como definir se uma atividade administrativa é eficiente?). O próprio autor defende que a eficiência administrativa só se tornará realidade se houver uma mudança na mentalidade dos governantes, já que somente a preponderância “dos reais interesses da

³¹⁴ Mais uma vez, recorre-se às lições de José dos Santos Carvalho Filho, que arremata: “Se [a Administração Pública] atuar fora desses padrões, algum vício estará, sem dúvidas, contaminando o comportamento estatal. Significa dizer, por fim, que não pode existir violação ao referido princípio quando a conduta administrativa é inteiramente revestida de licitude”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27ª. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013. São Paulo: Atlas, 2014, p. 97

³¹⁵ Hely Lopes Meirelles diz que a Lei nº 9.784/1999 prevê os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e os define, de forma conclusiva, da seguinte forma: “A Lei 9.784/99 também prevê os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Assim, determinar nos processos administrativos a observância do critério de “adequação entre os meios e fins”, cerne da razoabilidade, e veda “imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”, traduzindo aí o núcleo da noção da proporcionalidade (cf. art. 2º, parágrafo único, VI)”. MEIRELLES, Hely Lopes et al. **Direito administrativo brasileiro**. 39ª. ed., atualizada até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 98.

³¹⁶ A justificação da Proposta de Emenda Constitucional que resultou na Emenda Constitucional n. 19/1998 denomina resumidamente o princípio da eficiência como “qualidade do serviço prestado”.

³¹⁷ Corroborar com esta afirmação José dos Santos Carvalho Filho, ao lecionar que “O núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional. Há vários aspectos a serem considerados dentro do princípio, como a produtividade e economicidade, qualidade, celeridade e presteza e desburocratização e flexibilização, como acentua estudiosamente sobre o assunto”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27ª. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013. São Paulo: Atlas, 2014, p. 30.

coletividade e o afastamento dos interesses pessoais dos administradores públicos³¹⁸” pode tornar a atividade pública eficiente.

Pode-se citar como exemplo da decorrência da inclusão do princípio da eficiência no texto constitucional o acréscimo do inciso LXXVII ao art. 5º da Constituição Federal, que estabelece como direito fundamental a razoável duração do processo em âmbito judicial ou administrativo, determinando ao legislador e aos agentes públicos de execução da lei a previsão de meios que garantam a celeridade da tramitação processual³¹⁹.

O princípio constitucional da *transparência*, ligado ao arcabouço tributário e ao orçamentário, é de suma importância, pois traz subsídios à sociedade acerca das contas e finanças públicas. Gilmar Mendes destaca a ligação estreita entre a transparência e o princípio democrático, operando numa verdadeira “mão dupla”: “O acesso às informações governamentais que proporciona o princípio da transparência fortalece a democracia; do mesmo modo, o fortalecimento desta estimula um maior acesso àquelas informações³²⁰”.

Um dos instrumentos para a efetivação do princípio da transparência é a *transparência dos impostos*, que é outro ditame bastante importante previsto na Constituição Federal. O fato é que o arcabouço tributário brasileiro conta com alguns impostos indiretos. Estes tributos são taxados dessa forma em razão de muitas vezes o consumidor final de um produto, por exemplo, pagar por essa compra e simplesmente não perceber ou mesmo não saber que naquela compra há embutido o pagamento também de impostos (federais, estaduais e municipais)³²¹.

³¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27ª. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013. São Paulo: Atlas, 2014, p. 30.

³¹⁹ No tópico, Hely Lopes Meirelles destaca que “diante do fato de a norma em foco assegurar também os ‘meios’ que garantam tal celeridade, no nosso entender, o administrado ou interessado poderá buscar a via judicial e obter ordem judicial que lhe assegure a celeridade razoável do processo”. O autor também cita como exemplos de institutos que promovem o princípio da eficiência administrativa a edição, pelo Supremo Tribunal Federal, de súmulas com efeito vinculante para a Administração Pública nas esferas federal, estadual, distrital e municipal (art. 103-A, § 1º, da Constituição Federal) e as súmulas da Advocacia-Geral da União (arts. 2º e 17 da Lei Complementar nº 73/1993). MEIRELLES, Hely Lopes et al. **Direito administrativo brasileiro**. 39ª. ed., atualizada até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 98.

³²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1445.

³²¹ Outro exemplo trazido por Gilmar Mendes à efetivação da transparência é a previsão deste na Lei de Responsabilidade Fiscal como princípio da gestão orçamentária responsável, conforme lição a seguir: “O princípio da gestão orçamentária responsável, no qual se baseia por inteiro a lei, é explicitado no art. 1º. Os seus principais objetivos seriam: a) evitar os déficits; b) reduzir substancialmente a dívida pública; c) adotar uma política tributária nacional; d) preservar o patrimônio público; e) promover uma crescente transparência das contas públicas. Em certa medida, trata-se de novidade introduzida pela Lei Complementar 101/2000, embora podendo já ser visualizado com o advento da Emenda n. 19, que, em seu art. 30, determinava a apresentação de projeto de lei complementar pelo Executivo ao Legislativo em cento e oitenta dias da promulgação da emenda”. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1446.

O art. 150, § 5º, da Constituição Federal³²² determina ao legislador a produção de leis que contenham informações que esclareçam os consumidores acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços (v.g., ICMS e ISS). Somente em 2012, com a promulgação da Lei nº 12.741, houve a regulamentação deste princípio³²³.

3.2 Competências da administração tributária

O sistema tributário brasileiro encontra nos princípios e normas constitucionais acima referidos, e que se espraiam para o restante da legislação infraconstitucional, a base de sua sustentação. O ordenamento jurídico serve como espinha dorsal e direcionador do sistema tributário, nele estando fundados todos os dispositivos relativos às hipóteses de incidência tributária e demais disposições necessárias à tributação dos fatos da vida pelo Estado. O Estado, por sua vez, no caso a União, organizado em órgãos da Administração Pública Direta e Indireta, concentra e operacionaliza a administração tributária federal e a administração aduaneira na Secretaria da Receita Federal, órgão central de direção superior da administração tributária da União, diretamente subordinada ao Ministério de Estado da Fazenda (art. 2º do Decreto nº 63.659, de 20/11/1968, que “*define a estrutura e as atribuições da Secretária da Receita Federal e dá outras providências*”).

Anteriormente ao Decreto nº 63.659/68, não havia uma centralização da administração tributária no Brasil. Desde 1934 a estrutura do Tesouro Nacional comportava uma Diretoria de Rendas Internas, uma Diretoria de Rendas Aduaneiras e, dentre outras repartições auxiliares, a Diretoria do Imposto de Renda. Depois de reformas estruturais em 1942 e 1965, a estrutura organizacional e administrativa fiscal anterior foi dividida em departamentos subordinados à Direção Geral da Fazenda Nacional, do Ministério da Fazenda. Contudo, tendo em vista a existência de estruturas similares e redundantes, mostrava-se necessário promover mudanças para o melhor aproveitamento de recursos.

Com a reforma administrativa promovida pelo governo federal em 1967 (Decreto-Lei nº 200, de 25/02/1967), que alterou o modelo gerencial da administração pública, visando a torná-lo pautado pela descentralização administrativa e pela busca de resultados,

³²² “Art. 150. (...)

§ 5º - A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços”.

³²³ Luciano Amaro, no ponto, ensina que o princípio da transparência dos impostos é correlato “ao princípio básico do direito das relações de consumo, que é o da informação – clara, correta, precisa e completa – do consumidor”. AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 20ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 116.

buscou-se também modernizar a Administração Tributária Federal, resultando na criação da Secretaria da Receita Federal (“SRF”) em 1968, subordinada ao Ministério da Fazenda.³²⁴

Nesse contexto, a SRF foi cunhada sob princípios administrativos gerenciais voltados para a desburocratização, racionalidade técnica e implementação de critérios de eficiência para o fisco, com dois principais focos: (i) qualificação dos servidores de forma a prepará-los para o novo modelo de gestão pública e; (ii) transformação do modelo de estrutura da Direção Geral da Fazenda Nacional, organizada por departamentos responsáveis pelos principais tributos, em um modelo de divisão por processos de trabalho.³²⁵

Paralelamente a essa alteração de gestão pública, era editada e publicada a Lei nº 5.172, 25/10/1966, o Código Tributário Nacional, que, em seus arts. 194 e seguintes, discorre sobre a Administração Tributária, sendo previsto expressamente que a legislação tributária regulará “*a competência e os poderes das autoridades administrativas em matéria de fiscalização da sua aplicação*”.

Assim, já em 1968, com o advento do Decreto nº 63.659/68, a Direção-Geral da Fazenda Nacional passou a denominar-se SRF, tornando-se o órgão central de direção superior da administração tributária da União, diretamente subordinada ao Ministro da Fazenda.

Além disso, em contraposição à extinção dos Departamentos do Imposto de Renda, de Rendas Internas, Rendas Aduaneiras e de Arrecadação, especializados por matérias, o novo órgão centralizado, a SRF, se dividia de maneira sistêmica em Coordenação do Sistema de Arrecadação, Coordenação do Sistema de Fiscalização, Coordenação do Sistema de Tributação e Centro de Informações Econômico-Fiscais,³²⁶ os quais foram alterados ao longo do tempo, mas sem perder sua essência estrutural sistêmica e funcional.

Embora a SRF tenha alterado sua denominação em 2007 para Secretaria da Receita Federal do Brasil (“RFB”), quando do advento da Lei nº 11.457, de 16/03/2007, que, dentre outras alterações, concentrou na RFB as competências de controle, arrecadação e fiscalização das contribuições previdenciárias, extinguindo a Secretaria da Receita

³²⁴ VITAL, João Maurício. História da Administração Tributária e Aduaneira no Brasil: de 1500 à Receita Federal. In Revista de estudos tributários e aduaneiros da Receita Federal. Ano 1. nº 1 (ago./dez 2014). Brasília-DF: Secretaria da Receita Federal do Brasil, 2014, p.21.

³²⁵ VITAL, João Maurício. História da Administração Tributária e Aduaneira no Brasil: de 1500 à Receita Federal. In Revista de estudos tributários e aduaneiros da Receita Federal. Ano 1. nº 1 (ago./dez 2014). Brasília-DF: Secretaria da Receita Federal do Brasil, 2014, p.21.

³²⁶ VITAL, João Maurício. História da Administração Tributária e Aduaneira no Brasil: de 1500 à Receita Federal. In Revista de estudos tributários e aduaneiros da Receita Federal. Ano 1. nº 1 (ago./dez 2014). Brasília-DF: Secretaria da Receita Federal do Brasil, 2014, p.22.

Previdenciária do Ministério da Previdência Social, suas competências originárias ainda encontram-se previstas no art. 3º do Decreto nº 63.659/68, destacando-se as competências indicadas nas alíneas “a” a “g” e “i”.³²⁷

Estas competências possuem como pano de fundo, além dos princípios constitucionais, dos princípios tributários constitucionais e dos princípios da Administração Pública, de um lado, (i) a dimensão da necessidade de garantia de recursos para a execução das políticas públicas determinadas pelo governo, em favor do Estado e da sociedade, fim primeiro do sistema tributário e concretizado por meio do ato de arrecadação, e (ii) a dimensão do aperfeiçoamento e da regulamentação das normas e políticas públicas tributárias, os quais, em razão dos princípios da Administração Pública, devem buscar a eficiência, a transparência e a simplificação do sistema tributário nacional, podendo também servir para fins outros, como o de auxílio ao evasão tributária, combate à lavagem de dinheiro e corrupção.

Para a execução de qualquer uma dessas dimensões, contudo, será necessário recorrer-se a informações dos contribuintes, diretamente ou por meio de terceiros que sejam repositórios dessa informação, como as instituições financeiras, possuindo cada dimensão seus próprios pressupostos, conforme será abaixo analisado.

3.2.1 Regulamentação, arrecadação e fiscalização

A RFB, atual denominação da SRF, é um órgão da administração direta, sendo seus atos vinculados (e não discricionários), estando adstritos e submetidos ao princípio da

³²⁷ “Art. 3º *Compete à Secretaria da Receita Federal:*

a) atuar como órgão de Planejamento, supervisão, coordenação, avaliação e controle da administração da receita tributária federal;

b) propor medidas de aperfeiçoamento e regulamentação do Código Tributário Nacional, e outras de política fiscal e tributária que devam ser submetidas à consideração superior;

c) dirigir, superintender, orientar e coordenar os serviços de fiscalização, cobrança, arrecadação, recolhimento e controle dos tributos e demais rendas da União, salvo quando tais atribuições forem cometidas a outros órgãos;

d) interpretar a legislação fiscal relacionada com suas atribuições, baixando ato normativos;

e) proceder à previsão da receita tributária federal e promover o acompanhamento e controle do comportamento da arrecadação em suas variações globais, setoriais e regionais, tomando medidas necessárias para mantê-las nos níveis previstos na programação financeira do Governo;

f) estudar os efeitos da política tributária no complexo industrial e no comércio interno e externo do País;

g) remeter à Comissão de Programação Financeira, demonstrativos da Receita Tributária arrecadada;

(...)

i) articular-se com outras repartições federais, estaduais e municipais, bem como demais entidades de direito público ou privado, visando à integração do Sistema Tributário Nacional, mediante permuta de informações, métodos e técnicas e de ação fiscal conjunta; (...) (grifos nossos)

legalidade e demais princípios que regem a Administração Pública, conforme acima explorado.

Nos termos do art. 3º do Decreto nº 63.659/68, estão entre as competências da RFB (i) atuar como órgão de Planejamento, supervisão, coordenação, avaliação e controle da administração da receita tributária federal (alínea “a”); (ii) dirigir, superintender, orientar e coordenar os serviços de fiscalização, cobrança, arrecadação, recolhimento e controle dos tributos e demais rendas da União (alínea “c”); (iii) proceder à previsão da receita tributária federal e promover o acompanhamento e controle do comportamento da arrecadação em suas variações globais, setoriais e regionais, tomando medidas necessárias para mantê-las nos níveis previstos na programação financeira do Governo (alínea “e”); e (iv) articular-se com outras repartições federais, estaduais e municipais, bem como demais entidades de direito público ou privado, visando à integração do Sistema Tributário Nacional, mediante permuta de informações, métodos e técnicas e de ação fiscal conjunta (alínea “i”).

Todas essas competências destinam-se à promoção da atuação da RFB para o fim de garantir a arrecadação de recursos para a execução das políticas públicas determinadas pelo governo, por meio (i) da regulamentação da legislação tributária e determinação de procedimentos que permitam ao contribuinte cumprir com suas obrigações fiscais e ao fisco atuar para a adequada verificação dos recursos arrecadados; (ii) da fiscalização da ação do contribuinte, que permita verificar o cumprimento de suas obrigações fiscais (principais ou acessórias) e a existência de eventuais rupturas nessa conduta, com a consequente aplicação das penalidades cabíveis; e (iii) da arrecadação dos recursos tributários devidos pelos contribuintes em razão da subsunção dos fatos da vida à norma tributária, resultando no montante de receitas derivadas que será destinada nos termos do que dispõe a Constituição Federal.

Tais competências decorrem do disposto no art. 194 e seguintes do Código Tributário Nacional, de 1966, que estabelece que a legislação tributária deve regular, em caráter geral, a competência e os poderes das autoridades administrativas em matéria de fiscalização da sua aplicação, devendo tal fiscalização aplicar-se às pessoas naturais ou jurídicas, contribuintes ou não, inclusive às que gozem de imunidade tributária ou de isenção de caráter pessoal.

Além disso, esclarece o CTN, em seu art. 195, que, para os efeitos da legislação tributária, *“não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los”*.

E arrematava, no art. 197, II, que os “*bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras*”, mediante intimação escrita, eram “*obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros*”.

Diz-se que “eram obrigados”, e não “são obrigados”, em razão das delimitações legais impostas ao sigilo bancário e consequente acesso às informações bancárias dos contribuintes junto às instituições financeiras, consoante LC 105, conforme anteriormente detalhado.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, foram estabelecidos de forma mais expressa não apenas os direitos fundamentais garantidos aos indivíduos, mas também as premissas, os pressupostos e os deveres da Administração Pública, dentre eles a atuação dos órgãos estatais em sua função de fiscalização e planejamento (art. 174 da CF) da atividade econômica.

Especificamente em relação à administração tributária, o art. 145, §1º, da CF, estabelece que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir tributos, mas, sempre que possível,

os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, *facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais*³²⁸ e nos termos da lei, *o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.*” (grifos nossos).

Interessante observar que a administração tributária, a fim de cumprir com sua função de fiscalização prevista na CF e na legislação que determina suas competências, não apenas com vistas à arrecadação, mas também para fazer cumprir requisitos protetivos aos contribuintes, como a identificação de caráter pessoal e gradação segundo a capacidade econômica específica, deve identificar “*o patrimônio, os rendimentos e as atividades do contribuinte*”, o que apenas se mostra possível com o acesso, direto ou por meio de terceiros, às informações de conteúdo econômico-patrimonial do contribuinte.

Ademais, nos termos do art. 150, II, da CF, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios “*instituir tratamento desigual entre contribuintes que se*

³²⁸ Para a maior parte da doutrina, a adoção da expressão “*respeitados os direitos individuais*” é uma redundância e mostra-se desnecessário, não agregando elementos à discussão sobre a oposição de sigilo bancário ao fisco, uma vez que os dispositivos da CF já tem como pressuposto o respeito aos direitos individuais.

encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção (...), independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”, em observância ao princípio da igualdade material. Mas, para que a fiscalização levada à cabo pelo fisco seja efetiva e possa adequar-se à igualdade material, dispensando tratamento equânime aos contribuintes, também se mostra possível apenas com o acesso às informações de conteúdo econômico-patrimonial do contribuinte, diretamente ou por meio de terceiros. Caso contrário, contribuintes que não estejam cumprindo com suas obrigações tributárias podem acabar por ser tratados de forma equivalente aos contribuintes que as cumprem, em clara afronta ao princípio da igualdade que deve nortear o sistema tributário.

Não se pode, portanto, pressupor que a administração tributária possa ser cerceada, de forma absoluta, de obter informações financeiras do contribuinte que sejam necessárias à sua função de fiscalização. Pode-se questionar a razão de a administração tributária intentar o acesso às informações financeiras de um contribuinte por meio das instituições financeiras com as quais se relaciona. E este raciocínio é pertinente para os fins do presente trabalho. Isso porque, embora os contribuintes, pessoas físicas e jurídicas, já prestem ao fisco, com determinada periodicidade prevista em lei, informações sobre seu patrimônio, rendimentos, operações e atividades, não se pode esquecer que estas informações são declaratórias e representam apenas uma foto da situação econômico-patrimonial do contribuinte. Parte delas vinculadas a e originadas em outras entidades (como os informes de rendimento), mas tendo em sua maioria apenas o contribuinte como fonte de informação.

Como seria possível, assim, a verificação da veracidade e adequação daquela informação prestada pelo contribuinte,³²⁹ ainda mais quando se considera o fator tempo e tudo o que é por ele operado ao longo do ano calendário? A resposta é objetiva: por meio do cruzamento, sempre que possível, de informações prestadas pelo contribuinte com outras informações prestadas por terceiros que devem, por determinação legal ou regulatória (se houver previsão legal para tanto), encaminhar ao fisco as informações que detêm acerca do patrimônio do contribuinte. O cruzamento de informações é benéfico para a coletividade, pois (i) reduz o custo das fiscalizações, (ii) desestimula a sonegação e, conseqüentemente, (iii) aumenta a arrecadação. Em especial no mercado de capitais, as instituições financeiras são sujeitas ao cumprimento de diversas obrigações acessórias, entre elas a DIRF (não

³²⁹ O pressuposto do fisco não pode ser o de desconfiança do contribuinte, contudo, como diria Thomas Hobbes, “o homem é o lobo do homem”, por acreditar o pensador político inglês que a natureza humana é regida pelo egoísmo e pela autopreservação.

exclusiva do mercado de capitais, a e-Financeira e o informe de IRRF sobre a alienação de valores mobiliários (conhecido no mercado como “dedo-duro”).

Este tipo de solicitação às instituições financeiras acerca de informações de seus clientes não é nova em nosso ordenamento jurídico. A RFB, desde o disposto no art. 12 da Lei Complementar nº 70, de 1991, que obrigava as instituições financeiras e demais instituições equiparadas a fornecer à SRF “*informações cadastrais sobre os usuários dos respectivos serviços, relativas ao nome, à filiação, ao endereço e ao número de inscrição do cliente no Cadastro de Pessoas Físicas – CPF ou no Cadastro Geral de Contribuintes - CGC*”, passou a exigir das instituições financeiras de seus clientes, inicialmente relativas a informações cadastrais, mas que depois evoluíram para outros relatórios e obrigações acessórias contendo informações detalhadas sobre operações, serviços e movimentações financeiras.

Em que pese discussões acadêmicas sobre o fato de o fisco poder ou não, desde o art. 12 da LC 70/91, em razão de suposto sigilo bancário,³³⁰ acessar informações consolidadas de clientes de instituições financeiras, o fato é que tais informações possuem conteúdo econômico-patrimonial e estão protegidas pelo núcleo da privacidade, podendo ser acessadas em razão de interesse público e desde que haja previsão expressa em lei. No caso, a previsão legal estava estabelecida na regra geral do art. 38 da Lei nº 4595/64, e, a partir da LC 105 e sua regulamentação, conforme anteriormente analisado, as limitações para este acesso continuado pelo fisco às informações dos clientes de instituições financeiras estava expressamente prevista.

Esta fiscalização, de caráter contínuo, hoje prevista no art. 5º da LC 105 (denominada por Everardo Maciel como “acesso sistêmico”), é diferente da fiscalização intermitente, que ocorre pontualmente. A primeira pode ser realizada pelo fisco em razão da sua competência de supervisão da administração da receita tributária federal (diferente da fiscalização pura), nos termos do art. 3º, “a”, do Decreto nº 63.659/68, e visa coleta contínua de informações financeiras do contribuinte, enquanto que a segunda ocorre apenas quando da identificação de indícios pela fiscalização de que pode estar ocorrendo irregularidades. Justamente a fiscalização intermitente é aperfeiçoada pela fiscalização contínua (supervisão), uma vez que quanto mais acuradas as informações fornecidas continuamente, mais eficiente será o fisco

³³⁰ Ver, neste sentido, COVELLO, Sérgio Carlos. O Sigilo Bancário como Proteção à Intimidade. Dissertação de Doutorado em Direito Comercial apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1989, p. 93; e FERRAZ Júnior, Tércio Sampaio Ferraz. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 88, 1993, p. 453-457.

na efetiva identificação de inconsistências e verificação de indícios que podem levar a uma fiscalização específica (cuja coleta de informações se dará nos termos do art. 6º da LC 105 e sua regulamentação).

A facilidade e a praticidade de acesso às informações financeiras dos contribuintes diretamente junto às instituições financeiras são as principais razões do porquê de o fisco busca-las nessas bases, além do fato de que tais instituições são reguladas (Banco Central) e possuem a obrigação de manter tais bases híidas e corretas, não só para atender às disposições legais e regulatórias, mas em especial para garantir a segurança de seus clientes e, logo, o *status* da instituição financeira no mercado.³³¹

Não há na lei uma sequência a qual o fisco deve recorrer para a obtenção das informações do contribuinte, e, pelo princípio da praticabilidade, economia e eficiência, mostra-se mais pertinente supervisionar os contribuintes por meio de solicitação e obtenção direta às instituições financeiras de informações de seus clientes, desde que observados os requisitos previstos na LC 105.

Isso não pode ser considerado quebra de sigilo bancário uma vez que, estando expressamente prevista a possibilidade de acesso do fisco a informações do contribuinte por meio de obrigações acessórias exigidas das instituições financeiras, constitui esta já uma ressalva ao sigilo bancário.

Assim, por meio da atividade fiscalizatória ou de supervisão, a RFB exerce suas competências e cumpre com seus objetivos como órgão da Administração Pública, e, observando os princípios a ela inerentes, em especial o da eficiência, o acesso às informações financeiras dos contribuintes por meio das instituições financeiras torna-se verdadeiro pressuposto que permite à RFB cruzar dados, apurar a correição dos recolhimentos e antecipar as projeções de arrecadação, tornando-se eficiente também na redução dos custos com fiscalização direta e pontual dos contribuintes.

Para tanto a RFB precisa ter acesso às informações financeiras dos contribuintes, por meio das instituições financeiras, desde que observados os requisitos, procedimentos e limites legais, seja para fins de fiscalização contínua (acesso sistêmico) ou intermitente,

³³¹ Nesse sentido, podemos citar a Circular Bacen nº 3.287, de 21/07/2005, posteriormente revogada e substituída pela Circular Bacen nº 3.347, de 11/4/2007, que determinou a constituição, pelo e no Banco Central do Brasil, do Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional (CCS), destinado ao registro de informações relativas a correntistas e clientes de instituições financeiras, das demais instituições por ele autorizadas a funcionar e das administradoras de consórcios, bem como a seus representantes legais ou convencionais, por meio de sistema informatizado que tem a capacidade de armazenar informações de correntistas ou de clientes, bem como de seus representantes legais ou convencionais, bem como propiciar o atendimento de solicitações, formulada pelas autoridades legalmente competentes (como a RFB, em razão de convênios, conforme previsto na LC 105 e no art. 28 da Lei nº 6.385/76, do detalhamento de informações nela contidas.

conforme decisões recentes do STF. Caso não pudesse acessar as informações financeiras junto às instituições financeiras, a RFB teria de se limitar às informações declaradas pelos contribuintes, e, se houvesse irregularidades nesta informação e na própria arrecadação, a RFB não teria dificuldade para identificá-las e cobrar os correspondentes créditos tributários devidos, resultando em um tratamento desigual aos contribuintes, em afronta ao princípio da igualdade material. Em outras palavras, o acesso às informações financeiras junto às instituições financeiras constitui ferramenta necessária à RFB não apenas para fins de arrecadação, mas também para reforço aos princípios que norteiam o sistema tributário e a administração pública.

Contudo, o acesso da RFB às informações bancárias dos contribuintes por meio das instituições financeiras não deve ter como pressuposto apenas a arrecadação para fins de manutenção do Estado. Conforme acima citado, a RFB possui outras competências que, para serem atingidas, necessitam de acesso a informações detidas pelas instituições financeiras em relação ao mercado e seus clientes. Dentre estas outras competências (que não apenas a atividade de fiscalização para fins de arrecadação, que busca a subsunção do fato à norma ou mesmo elementos sobre a ocorrência do fato gerador) está a de identificar se os tributos (e as normas que os instituem ou regulamentam) estão atingindo sua finalidade e atuando adequadamente, o que só se mostra possível com base em conhecimento sobre o objeto de análise, no presente caso, a tributação das operações de renda variável em ambientes de bolsa e assemelhados. É o que se passa a tratar.

3.2.2 Auxílio ao executivo e ao legislativo em matéria Tributária (importância das informações para entendimento dos mercados e desenvolvimento das políticas econômica e tributária)

Além das competências de fiscalização e arrecadação, a RFB possui competências analítica e propositiva da legislação e das políticas tributárias, bem como interpretativa e compreensiva dos fatos da vida que podem vir a se subsumir à legislação tributária, todas previstas no art. 3º do Decreto nº 63.659/68.

Nesse sentido, a RFB deve (i) **propor medidas de aperfeiçoamento e regulamentação do Código Tributário Nacional**, e outras de **política fiscal e tributária** que devam ser submetidas à consideração superior (alínea “b”); (ii) **interpretar a legislação fiscal relacionada com suas atribuições**, baixando atos normativos (alínea “d”); e (iii)

estudar os efeitos da política tributária no complexo industrial e no comércio interno e externo do País (alínea “f”).

Estas competências abrem para a RFB uma nova dimensão que vai muito além da mera atuação como órgão público da União arrecadador e fiscalizador das práticas tributárias, passando a RFB a atuar também como *longa manus* do Estado para fins de aperfeiçoamento do sistema tributário e das políticas tributárias, devendo para tanto estudar os efeitos sobre o complexo industrial e sobre o comércio interno e externo do País.

Para tanto, não basta à RFB, por meio de seu corpo técnico, conhecer as normas tributárias contidas na legislação e na regulamentação (direito posto) e os princípios que regem o sistema tributário. É essencial que conheça e entenda também as características dos fatos da vida, bem assim das estruturas sociais e econômica que os circundam, que restam tributados pelas diversas hipóteses de incidência tributária, para o fim de atuar de forma crítica em relação à tributação existente e propor às instâncias competentes a aprovação de atos normativos e políticas que aperfeiçoem o sistema tributário.

Pode parecer inocente pressupor que o corpo funcional da RFB conhecerá todos os setores econômicos sobre os quais incidem tributos, em seus diferentes detalhes e facetas. Por óbvio a totalidade do conhecimento e da informação escapam até aos especialistas de suas respectivas áreas. Mas, uma vez que a norma tributária captura (em hipótese) alguns fatos da vida que, se verificados, tornar-se-ão fatos geradores da obrigação tributária, pelo menos em relação a tais fatos e ao funcionamento do mercado que a cada qual rodeia, é essencial ao corpo técnico da RFB deter o conhecimento necessário para, por meio das informações coletadas, (i) acompanhar a arrecadação dali decorrente; e (ii) identificar eventuais desvios da finalidade e do impacto do tributo que podem surgir em razão de alterações factuais (atividade que deixou de ser exercida ou alterou sua dinâmica, como no caso de setores de tecnologia) ou econômicas (existência de crises econômicas que afetam mais intensamente determinado setor), e que poderiam resultar em ajustes nas normas e políticas tributárias.

Imaginar que o órgão responsável pela administração tributária simplesmente executa as determinações legais e edita as normas regulatórias para locupletar o quadro normativo, complementando esta atuação com fiscalização e supervisão, é ignorar o fato de que a RFB é o órgão do governo que deveria deter o melhor conhecimento técnico sobre o sistema tributário, suas normas, procedimentos, arrecadação, sujeitos passivos e fatos da vida que resultam em fatos geradores. Assim, imperioso pressupor que a RFB participa do processo de formação e alteração da legislação e da política fiscal e tributária (ambos em

conjunto com o Executivo, e o segundo também com o Legislativo), de forma propositiva, bem assim é responsável pelos estudos dos efeitos das políticas tributárias e daqueles que resultam em interpretações da legislação tributária, posteriormente concretizados em atos administrativos orientativos (podendo-se citar como principais os atos declaratórios, as soluções de consulta e as instruções normativas).

A execução dessas competências depende, contudo, de informações, e não apenas dados, oriundos dos setores tributados. Estas informações devem deter conteúdo suficiente para que a RFB possa capturar a adequação da norma tributária aos fatos tributados, bem assim os efeitos que as políticas tributárias exercem sobre eles.

Essas análises propositivas e analíticas levadas a cabo pela RFB possuem por finalidade a busca pelo aperfeiçoamento do sistema tributário, consoante disposição expressa contida na alínea “b” do art. 3º do Decreto nº 63.659/68, a qual não pode ser interpretada restritivamente e de forma estanque. Interpretação em sentido contrário levaria ao absurdo de se pressupor que as alíneas “d” e “f” acima referidas representariam atividades não-direcionadas, apenas determinando que a RFB deveria “interpretar a legislação fiscal” e “estudar os efeitos da política tributária”, sem procedimento e sem orientação. Por óbvio, a previsão de “aperfeiçoamento” contida na alínea “b” deve ser entendida como pressuposto para todas as ações de competência do fisco, observado o limite da legalidade.

Tal interpretação reforça o caráter que se queria dar à reestruturação da administração tributária que resultou na constituição da SRF e na edição da Decreto nº 63.659/68: uma organização do órgão tributário pautado e comprometido com o resultado na execução de suas competências, voltados para a desburocratização, racionalidade tecnicista e implementação de critérios de eficiência. Esta linha de atuação casa perfeitamente com o conceito da eficiência da administração pública, da qual faz parte a administração tributária.

Para tanto, desde 1968 um dos focos da administração tributária é (ou deveria ser), a qualificação dos servidores de forma a prepará-los para o modelo de gestão pública pautado pela eficiência.³³²

No entanto, pode-se extrair um segundo nível de eficiência buscada pela RFB por meio das competências supramencionadas. O primeiro é aquele da atuação administrativa, funcional, dos agentes públicos que devem atuar em linha com as funções e competências

³³² VITAL, João Maurício. História da Administração Tributária e Aduaneira no Brasil: de 1500 à Receita Federal. In Revista de estudos tributários e aduaneiros da Receita Federal. Ano 1. no 1 (ago./dez 2014). Brasília-DF: Secretaria da Receita Federal do Brasil, 2014, p.21.

para as quais foram designados, sempre buscando tornar o mais eficiente possível sua atuação.³³³ O segundo, contudo, suplanta a eficiência funcional, para buscar a eficiência do conjunto de normas e políticas tributárias, ou seja, do próprio sistema tributário, como eficiência material da atividade conduzida pelos servidores da RFB.

A eficiência do sistema tributário, composto pelas normas (legais e regulamentares) e políticas tributárias, pode possuir um número infinito de sentidos, a depender do critério que se queira adotar para fins de eficiência. Como a referência trazida pelo art. 3º do Decreto nº 63.659/68 é no sentido de “aperfeiçoamento”, devemos entender que se pode extrair dois sentidos: (i) um finalístico: como o sistema tributário visa, ao fim e ao cabo, a arrecadação de recursos para a execução pelo Estado de políticas públicas, dentro dos limites legais e observados os princípios constitucionais tributários, gerais e de cada tributo, pode-se entender que o aperfeiçoamento da eficiência do sistema tributária teria por objetivo aperfeiçoar a arrecadação, seja por meio de melhorias procedimentais e operacionais, seja por meio de majoração da carga tributária, sempre adstritos aos ditames e limites da lei; contudo, como a majoração da carga tributária depende, além da alteração legal, de fatores setoriais e econômicos, não se pode pressupor que o pressuposto da eficiência vise aumento da carga tributária e, portanto, da arrecadação por mero aumento de alíquota; isso não seria eficiência, mas sim majoração da carga tributária; e (ii) um econômico: sendo o sistema tributário focado para fins de arrecadação, e possuindo esta uma correlação direta com o cenário econômico, é de se pressupor que alterações na economia afetam a arrecadação positiva e negativamente, havendo limites principiológicos em ambos os sentidos para que o sistema tributário se adapte; ou seja, o sistema tributário deve buscar constantemente a sua eficiência, dentro de limites legais, principiológicos, morais e econômicos, e a RFB possuiria competência para auxiliar nesse constante aperfeiçoamento (de leis, regulamentações, políticas e interpretações).

Parece que o segundo sentido guarda maior coerência para fins de adequação da eficiência do sistema tributário à realidade econômica, sendo esta última abstraída por alguns doutrinadores, mas implacável em sua percepção quando verificadas oscilações.

Assim, a informação colhida pela RFB torna-se um ferramental essencial ao e para fins de aperfeiçoamento da norma tributária, seja quando de própria elaboração pelo fisco por sua competência regulatória, seja quando encaminha às instâncias competentes, por

³³³ MEIRELLES, Hely Lopes et al. Direito administrativo brasileiro. 39ª ed., atualizada até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo, Malheiros, 2013; e CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. – 27. ed. ver., ampl. e atual. até 31.12.2013. São Paulo, Atlas, 2014.

solicitação ou de ofício, propostas ao executivo para elaboração de Projetos de Lei, Medidas Provisórias, Decretos, etc. Além disso, essa gama de informações possuem relevância para as políticas públicas tributárias, uma vez que permitem ao governo identificar, por exemplo, setores que demandam incentivos tributários para a regular condução dos negócios, ou em que medida setores da economia poderiam ter procedimentos melhorados e simplificados para apuração da carga tributária ou para sua arrecadação, ou, ainda, ter sua carga tributária majorada, observada a capacidade contributiva dos contribuintes que serão afetados e a equidade do sistema tributário.

A percepção pela RFB de que o ambiente de negócios é um elemento importante na equação da arrecadação e na estruturação do sistema tributário, e que para sua análise deve-se considerá-lo como um elemento endógeno, e não exógeno, do sistema, demonstra a preocupação do fisco com a execução de suas competências analíticas e propositivas, as quais demandam acesso a informações. Em recente publicação da RFB, esta comenta que, em reunião do Secretário da Receita Federal com advogados tributaristas,

“O ambiente de negócios para nós [RFB] é muito importante. A Administração Tributária tem a obrigação de tornar fácil o cumprimento da obrigação tributária. É nesse ponto que devemos atuar”, disse o secretário Rachid, que informou aos participantes que a melhoria do ambiente de negócios foi incluída no novo mapa estratégico da Receita Federal, demonstrando a importância do tema para a instituição.³³⁴

As informações referidas para estas competências da RFB não precisam ser, contudo, necessariamente individualizadas por contribuintes. Para a condução de aprimoramentos da norma e das políticas tributárias, bem assim de interpretações das normas já existentes, as situações individuais perdem sua relevância para uma informação consolidada por setor econômico, conjunto de contribuintes com características semelhantes, tipos de operações, ou mesmo volume de arrecadação, dentre outros exemplos.

Evidente que, se as informações consolidadas puderem ser acompanhadas da informação analítica por contribuinte, e sendo as informações relevantes e necessárias para fins de fiscalização continuada (acesso sistêmico) da arrecadação (art. 5º da LC 105), certamente a RFB poderia solicitá-las em ambos os formatos.

Esta digressão sobre a qualidade da informação é relevante para fins de análise quanto ao sigilo bancário e as informações financeiras, uma vez que, embora a RFB pudesse

³³⁴ Revista Fato Gerador. 11ª Ed. 1o semestre de 2016, p. 17.

coletar individualmente as informações com os contribuintes, por meio das declarações de ajuste de pessoa física, precisaria coletar as informações financeiras junto às instituições financeiras para cruzamento de dados e verificação da veracidade das informações a ela prestadas.

Toda a discussão conduzida nas últimas décadas no Brasil (e também no exterior) acerca da possibilidade de fornecimento ao fisco das informações financeiras dos indivíduos pelas instituições financeiras (dentro dos limites legais estabelecidos), e a eventual afronta ao direito fundamental da privacidade, primeiramente pelo caráter constitucional da questão a partir da Constituição Federal de 1988, e em seguida pelas supostas afrontas à CF perpetradas pela LC 105 a partir de sua publicação, resultaram superadas recentemente em decorrência do posicionamento do STF no RE 601314 SP e nas ADIns 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859, conforme anteriormente descrito, para fins de confirmar a constitucionalidade dos artigos 5º e 6º da LC 105 (ou seja, fornecimento de informações financeiras ao fisco pelas instituições financeiras para fins de fiscalização continuada e também fiscalização intermitente, afastada a reserva de jurisdição).

Referidas ações não discutiram ou analisaram em nenhum momento, contudo, o fornecimento pelas instituições financeiras de informações financeiras estruturadas (ou consolidadas) ao fisco para fins de aprimoramento de normas, políticas ou interpretações sobre o setor da economia na qual elas são originadas: basicamente, o mercado financeiro e o mercado de capitais. Assim, observados os requisitos, critérios e procedimentos previstos nos arts. 5º e 6º da LC 105 e nos Decretos que os regulamentam, mesmo a informação analítica poderia ser fornecida à RFB para fins do exercício de suas competências analíticas e propositivas tratadas nesta seção.

Vale relembrar que, conforme analisado no capítulo anterior, a LC 105 trata sobre o sigilo de informações de *“operações ativas e passivas e serviços prestados”* pelas instituições financeiras ali relacionadas aos seus clientes, sempre a qualificando como uma informação individualizada por contribuinte, e havendo no Decreto nº 4.489/2002, que regulamenta o art. 5º da LC 105, o detalhamento de como essa informação poderia ser segregada para fins de fornecimento ao fisco. Entretanto, nenhuma referência é feita à informação financeira consolidada, a qual justamente por ser agregada, não identificando os contribuintes individualmente, poderia ser obtida pelo fisco junto às instituições financeiras sem a necessidade do enfrentamento de discussões sobre eventual quebra de sigilo bancário (poderia haver, contudo, discussões sobre o acesso pelo fisco à informação analítica que compõe a informação consolidada, para fins de verificação de sua acuidade).

Como o foco deste estudo é o mercado de capitais, concentremo-nos neste setor, mais propriamente nas operações de renda variável em mercados organizados de bolsa e assemelhados, bem como liquidações futuras em balcão organizado.

O fornecimento de informações financeiras que denotem comportamentos dos contribuintes (ou, pelo menos, permita compreender o funcionamento dos mercados), permitiria fazer com que a renda efetiva, o ganho efetivo, fossem verificados de forma mais adequada e eficiente possível, além de permitir que a informação funcione como um propulsor do entendimento pelo fisco das operações realizadas no mercado de renda variável (inclusive para fins de geração de efeitos extrafiscais pelo Imposto de Renda).

Mas como o acesso da RFB às informações financeiras dos contribuintes diretamente junto às instituições financeiras pode auxiliar no desenvolvimento não apenas do sistema tributário (e também no aumento de sua eficiência econômica), mas, em última instância, também da própria arrecadação, bem como no aumento da eficiência do mercado de capitais? É o que será analisado na próxima seção.

3.3 Análise dos impactos tributários e econômicos do sigilo em matéria tributária relativos às operações de renda variável em mercado de capitais

Como visto nas seções anteriores, a informação financeira (ou bancária, como denominada na LC 105), referente às operações financeiras realizadas ou registradas pelos clientes das instituições financeiras, bem assim referente aos serviços financeiros por eles tomados, é essencial para o exercício das competências da RFB previstas no art. 3º do Decreto nº 63.659/68. A discussão judicial levada a efeito sobre o tema em relação às administrações tributárias, especialmente a RFB, resultou em decisão pelo STF no sentido da possibilidade de acesso às informações financeiras, desde que observados determinados requisitos e procedimentos, os quais, para fins da administração pública federal (RFB), já se encontram totalmente atendidos por meio na LC 105 e nos decretos que regulamentam os arts. 5º e 6º.

Ou seja, para fins do que dispõe a LC 105 e sua regulamentação, a RFB pode ter acesso às informações financeiras dos contribuintes diretamente junto às instituições financeiras, mas por meios diversos: (i) um em razão do art. 5º da LC 105, mediante a coleta contínua de informações restritas à identificação do contribuinte, montante global mensalmente movimentado, e divisão deste em alguns tipos de operações, aplicações, contas e pagamentos, nos termos do art. 2º, §3º, e art. 3º e seus incisos, do Decreto nº 4.489/2002;

e (ii) outro em razão do art. 6º da LC 105, constatando-se com base nas primeiras informações, ou em outras informações dos contribuintes contidas nas bases da RFB, esta poderá promover procedimentos administrativos específicos para obtenção de informações financeiras mais detalhadas do contribuinte em relação ao qual haja indícios e suspeitas de irregularidades no cumprimento da obrigação tributária, bem como de ilícitos tributários, como evasão tributária.

Mas o art. 6º do Decreto nº 4.489/2002 (regulamenta o art. 5º da LC 105), ao dispor que *“recebidas as informações de que trata este Decreto, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões ou de cometimento de ilícito fiscal, a apuração dos fatos dar-se-á mediante (...)”*, não restringe a utilização dessas informações pela RFB. Pelo contrário, a interpretação sistemática deste decreto, somada à da LC 105, é a de que se cria uma obrigação de prestação de informações para as instituições financeiras, e que a RFB, ao receber a informação, manterá o sigilo necessário que sobre elas deve existir perante terceiros, mas que, pelo menos para fins da informação coletada por meio do “acesso sistêmico” do art. 5º da LC 105, a informação poderia atender outras finalidades quando de posse da RFB.

Isso é, inclusive, muito comum no mercado financeiro e de capitais, uma vez que as informações financeiras dos clientes das instituições financeiras são por esta utilizadas restritamente dentro das instituições, mas no intuito de se criarem indicadores e carteiras de produtos que correspondam ao perfil de atividade e atuação do cliente. É a informação do próprio cliente que, uma vez processada pela instituição financeira, a ele retorna em forma de novos serviços financeiros.

Ocorre que a informação financeira detém um conteúdo muito valioso não apenas para as instituições financeiras, mas também para as administrações tributárias (em especial a RFB, na qual nos focaremos neste tópico, uma vez que trataremos de tributação pelo imposto de renda das operações de renda variável no mercado de capitais), para o mercado de capitais e para o próprio sistema tributário, porque, se por um lado permite a atuação consciente daqueles que a possuem para o adequado exercício de suas atividades (no caso da RFB, submetido aos princípios da Administração Pública e, especificamente no que tange ao imposto de renda, aos princípios da capacidade contributiva, impessoalidade, da isonomia e da livre concorrência, pode levar ao cometimento de equívocos e atuações com resultados danosos quando exercida sem se ter conhecimento de, ou pior, mesmo acesso a, essas informações.

Deve-se, neste ponto, fazer uma breve digressão, a fim de tratar sobre os efeitos da norma tributária indutora. O Estado, nos termos do art. 192 da CF, deve intervir de forma direta ou indireta no ou sobre o domínio econômico, podendo se dar tal intervenção de três formas³³⁵: (i) por absorção ou participação (quando o Estado desempenha diretamente uma atividade econômica), (ii) por direção (quando o Estado impõe determinada conduta) e (iii) por indução (Estado estimula determinada conduta).

Especificamente em relação a esta última forma de intervenção, ao regular por indução, o Estado não impõe um comportamento, mas privilegia aquele que entende desejável. Assim, as normas indutoras estimulam ou desestimulam, assegurando a possibilidade de se adotar comportamento diverso, sem que para isso se cometa um ilícito³³⁶ (ao contrário da norma diretiva, que deve resultar em um único conseqüente para determinada hipótese, aplicando-se sanção correspondente em caso de desobediência).

As normas tributárias certamente não podem ser diretivas, uma vez que não podem obrigar o contribuinte a incorrer no fato gerador se não for de sua vontade. Desse modo, as normas tributárias acabam por ser normas indutoras, atuando sempre sobre a ordem econômica de forma a regulá-la por meio de estímulos ou desestímulos a determinadas atividades, visando, de acordo com as políticas tributárias e demais políticas públicas, à realização de comportamentos mais desejáveis pelos agentes econômicos.

A partir deste ponto de vista, denota-se que a tributação afasta-se da premissa da neutralidade que inicialmente lhe incutiam, não só por meio da figura de incentivos fiscais que possuem latente o impacto da tributação sobre a ordem econômica, mas também por outras formas, como na tributação ordinária do imposto de renda, uma vez que, por exemplo, a redução da alíquota do IRPF poderia liberar recursos para a circulação na economia e estimulá-la, sendo uma forma de atuação da política creditícia por meio da tributação.

Assim, se adequadamente manejada, a tributação (concretizada em suas normas) possui a capacidade de gerar eficiência econômica, atraindo o desenvolvimento, sempre observando o rígido respeito à competência tributária, legislativa e reguladora. Por outro lado, as normas tributárias podem gerar efeitos que trarão conseqüências econômicas danosas, gerando maiores assimetrias de mercado e perdas de arrecadação aos cofres públicos. Por essa razão também é prevista como competência da RFB (art. 3º, “f”, do

³³⁵ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 9ª ed., 2004, pág. 85.

³³⁶ SCHOUERI, Luis Eduardo. Normas tributárias indutoras e intervenção econômica. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pág. 4.

Decreto nº 63.659/68: “*estudar os efeitos da política tributária no complexo industrial e no comércio interno e externo do País;*”) atuar de modo a avaliar os efeitos das normas e políticas tributárias sobre a indústria e o comércio (o que deve ser realizado não só previamente à publicação das normas, mas mesmo depois, de modo a acompanhar seus reais efeitos sobre todo o processo econômico, evitando desperdício de investimento público e possível piora no sistema econômico).

Tradicionalmente, os tributos regulatórios, como o IOF, são aqueles considerados tipicamente como indutores da economia. Contudo, e embora não decorra de uma legislação tão flexível e mutável (tendo em vista a aplicação de princípios como o da anterioridade anual), o imposto de renda também acaba por gerar efeitos econômicos. A diferença é que, em razão de sua maior perenidade, as mudanças que gera na economia são quase vistas como decorrências naturais do ajuste tributário, ao passo que podem ser efeitos intentados pelo legislador tributário, motivado, por vezes, pela percepção da RFB.

Não se pode afiançar que todos os efeitos econômicos de uma norma tributária de imposto de renda sejam previamente pretendidos, da mesma forma que não se pode afirmar que a manutenção de determinadas normas tributárias, quando da alteração da realidade fática de determinado setor econômico, não acaba por gerar efeitos econômicos, favoráveis ou desfavoráveis a uma série de agentes econômicos e, inclusive, para a própria RFB para fins de arrecadação.

Retornando ao raciocínio condutor, é sabido que o mercado de capitais é um setor econômico complexo em termos de seu funcionamento, produtos e serviços ofertados, atuação dos seus participantes (instituições financeiras e investidores) e resultados verificados. O objetivo do mercado de capitais, de permitir a aproximação direta entre credores e tomadores de capital, sem intermediação bancária do capital (sem ter a instituição financeira, simultaneamente, como credor e tomador), acaba por ser funcionar por meio da intermediação de instituições financeiras do ponto de vista operacional (corretoras, distribuidoras, bancos liquidantes, bolsas, balcões, clearings, depositárias e escrituradores). E, com o passar do tempo e seu desenvolvimento, torna-se cada vez mais complexo.

A teoria econômica neoclássica entendia que o mercado se autorregulava pela atuação racional dos investidores, que atuavam sempre para o fim de maximizar seus ganhos, e, portanto, não precisavam de intervenção externa do Estado (teoria da mão-invisível do

mercado).³³⁷ Mesmo raciocínio se adotava para a economia, em relação a qual se destacavam teorias de equilíbrio pela atuação dos agentes.³³⁸ Contudo, vez ou outra, ocorriam crises financeiras e problemas relacionados a determinados participantes ou ativos negociados a mercado, com impactos danosos para a economia e, conseqüentemente, não só para os investidores, primeiros interessados. Os modelos econômicos e matemáticos adotados pelos economistas neoclássicos, simplistas, de fácil aplicação matemática, e que não partiam de premissas realistas, já não conseguiam mais responder às falhas que surgiam no mercado.³³⁹ Estamos no início do século XX.

Alguns economistas da época, mesmo que neoclássicos, passaram a estudar essas falhas e a identificar suas origens, bem como os riscos e incertezas delas decorrentes, para o fim de propor modelos mais complexos que pudessem afrontá-las, por mais que atuassem em dimensões bastante distintas.³⁴⁰ Assim, agruparam referidas falhas, de forma simplificada, em 3 (três) grupos, em razão de suas características, padrões e formas de atuação: (i) assimetrias informacionais e custos transacionais, que resultavam em comportamentos (condutas) distorcidos por parte dos participantes do mercado, em razão da ausência ou imprecisão nas informações existentes a mercado, resultando em ineficiências e desequilíbrios; (ii) vantagens competitivas, que resultavam da existência de posições econômicas discrepantes a mercado, concentrando demasiadamente o poder econômico em determinados agentes; e (iii) externalidades, que representavam efeitos, positivos ou negativos, inicialmente não intentados, mas que resultavam das interações e atividades econômicas.³⁴¹

Uma vez identificados, pelo lado econômico, essas falhas passaram a ser atacadas e tratadas por meio de novos modelos econômicos que passaram a abranger a administração de riscos, justamente deles decorrentes. Mas, por se ter percebido que os mercados não se autorregulavam, o Estado foi chamado a atuar, e, a partir da década de 50, logo após a 2ª Guerra Mundial, passaram a ter uma atitude mais intervencionista na economia, de modo a buscar conter e atacar as falhas de mercado por meio de sua regulação, tanto de condutas (assimetria informacional e vantagens competitivas), quanto sistêmica (externalidades).

³³⁷ BRUE, Stanley. História do pensamento econômico. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005, p. 73.

³³⁸ YAZBEK, Otavio. Regulação do Mercado Financeiro e de Capitais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 17-19.

³³⁹ YAZBEK, Otavio. Regulação do Mercado Financeiro e de Capitais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 15-17.

³⁴⁰ YAZBEK, Otavio. Regulação do Mercado Financeiro e de Capitais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 25-32.

³⁴¹ YAZBEK, Otavio. Regulação do Mercado Financeiro e de Capitais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 36-45.

Pode-se perguntar qual a correlação dessas falhas com a questão tributária. E a resposta é objetiva: no passado, um investidor poderia não ter a informação suficiente sobre o emissor de um título que desejava comprar, bem como desconhecia, por vezes, custos transacionais, gerando uma assimetria de precificação, danosa para o investidor a curto prazo e para o mercado como um todo a longo prazo. Da mesma forma, se um investidor realiza uma operação que possui determinadas características que o levam, de acordo com a norma tributária, a entender por haver uma tributação de X, e, posteriormente, acaba sendo tributado como Y, cria-se uma assimetria de informação prejudicial para o mercado.

Evidentemente que, no exemplo acima, não se cogita de situações nas quais os investidores não buscaram conhecer a norma tributária, mas sim de um investidor probo e conhecedor das normas tributárias, que se deparou com uma operação que, a princípio, possuía todas as características de renda variável – devendo, assim, sujeitar-se ao regime do autorrecolhimento –, mas acabou sofrendo a retenção fonte pela instituição financeira intermediária, que acabou por ter entendimento diverso e reteve na fonte o IRRF. Ou, ainda, de investidor que realizou uma determinada operação de renda variável sujeita à hipótese de isenção, e foi surpreendido, tempos depois, por uma fiscalização da RFB por entender que aquela operação não se enquadrava na hipótese de isenção.

Situações como estas, normais a qualquer setor econômico, acabam por ter efeitos muito mais retumbantes no mercado de capitais, uma vez que dúvidas ou incertezas acabam por afastar os investidores, ainda mais nos dias atuais, nos quais os mercados mundiais estão integrados e o capital acaba por percorrer o mundo atrás das jurisdições com maiores rentabilidades, mas que também ofereçam maior segurança jurídica e menores riscos de descompasso informacional.

A informação que é relevante para os investidores, participantes (instituições financeiras) e reguladores (BC e CVM) acerca do mercado de capitais, por óbvio, não é apenas a informação financeira decorrente das operações e aplicações realizadas e registradas pelos investidores, nem apenas de suas posições em custódia e em contas de depósito. Ela acaba se espalhando para informações de cunho cadastral e também para informações detalhadas acerca do patrimônio (renda, bens), atividades (politicamente expostos, pessoas relacionadas), e antecedentes (condenações por *inside information*, restrições regulatórias para operação).

Isso é muito mais do que a simples informação econômico-patrimonial a que a RFB busca para fins do exercício de suas competências, seja de fiscalização ou de auxílio na verificação e criação das normas e políticas tributárias. E, mesmo assim, investidores e

emissores, em razão de disposições legais ou regulatórias, prestam reiteradamente essas informações para os participantes que devem recebê-la e, eventualmente, repassá-la aos reguladores (BC e CVM), nos termos da lei, ou prestá-las diretamente aos reguladores, em decorrência de suas atividades de supervisão.

Na esfera tributária, o acesso das informações financeiras pela RFB recebia (até o advento do julgamento do RE 601.214/SP e das ADIns 2.390/DF, 2.386/DF, 2.397/DF e 2.859/DF) severas críticas e questionamentos, em especial por alegações de violação ao direito fundamental da privacidade. Contudo, mesmo sendo mais simples as disposições previstas na LC 105 acerca do acesso às informações financeiras pelos reguladores do mercado de capitais (CVM e BC), estes acabam por recebê-las, juntamente com outras informações, em menor periodicidade e maior quantidade e profundidade.

Mas, mesmo havendo, nos termos da legislação e regulamentação, maior fluxo de informações financeiras sigilosas dos investidores e participantes do mercado de capitais para os reguladores desse mercado, é a prestação de uma parcela muito mais restrita de informações financeiras para a RFB que acaba sendo mais combatida. A mesma informação financeira acaba recebendo dois tratamentos, sendo transferida com menos resistência aos reguladores quando relativa a fluxos que versem sobre o mérito do mercado, em comparação com os fluxos com o órgão da administração tributária. Sem conta que, no âmbito do mercado de capitais, boa parte da informação de emissores e outros participantes, caso não seja sigilosa, acaba por ser prestada ao mercado para evitar assimetrias informacionais, o que nunca é demandado pela legislação tributária, que requer apenas o acesso da RFB às informações econômico-patrimoniais dos investidores, potenciais contribuintes do Estado.

É importante destacar que, em que pese ser competência e principal função da RFB a arrecadação de tributos, para fins de manutenção do Estado e das políticas públicas, não se pode esquecer que, na outra ponta, há a obrigação/dever fundamental dos contribuintes em pagar os tributos, tendo este dever a mesma finalidade que a atividade de arrecadação do fisco: permitir a continuidade do Estado e seu funcionamento. Assim, pelas razões que foram expostas ao longo do Capítulo 2, não se mostra razoável que a RFB não possa acessar as informações financeiras necessárias para, também por meio de procedimentos de fiscalização, garantir a arrecadação do Estado. No final do dia, em que pese para finalidades diversas, a prestação de informações à administração tributária e a prestação aos reguladores do mercado de capitais não deixam de ser duas obrigações previstas em lei (e esta última, em grande medida, em regulamentação), e que devem ser observadas pelos contribuintes/regulados.

Do ponto de vista de normas de direito público não há nenhuma diferença em termos hierárquicos ou de nível de regra quanto à obrigação de prestar informações. Mas, do ponto de vista principiológico, em que pese a importância da informação para o mercado de capitais, esta é essencial para a atividade de fiscalização da RFB, e pode acabar por afetar, em última instância, não apenas a garantia da manutenção do Estado, mas o próprio funcionamento do mercado de capitais.

De acordo com a competência de aperfeiçoamento e regulamentação das normas e políticas tributárias, a RFB deveria ter acesso a informações para poder, com base nesse substrato de conhecimento, entender e analisar o funcionamento de setores econômicos, dentre eles o mercado de capitais, os valores mobiliários nele negociados e registrados, sua estrutura de participantes, as interações entre eles e, o mais relevante, quais são os fluxos de recursos e de rendimentos.

Por um lado, o conhecimento sobre o mercado permitiria à RFB identificar os efeitos da legislação tributária sobre as operações no mercado de capitais, em especial, e, sendo este o foco da dissertação, sobre as operações de renda variável em mercados organizados. De outro lado, a percepção desses efeitos permitiria a identificação de eventuais situações que estejam criando descompasso entre o intuito da operação no mercado de capitais (natureza da operação a mercado) e a carga tributária que se está aplicando sobre ela (eventualmente não coerente com a natureza da operação a mercado).

E, pelo princípio da eficiência a que está submetida a administração tributária, não é apenas a eficiência do serviço público que é prestado à coletividade pelos serventuários da RFB que deve ser considerada. Evidente que a atuação de um corpo técnico forte e coeso, comprometido com o cumprimento das metas e funções do órgão público é essencial para a consecução da dimensão interna, ou funcional, desse princípio. Mas, quando se atenta que todas as atividades administrativas, com atos vinculados, tem um determinado objeto de atuação (como, no caso da RFB e de seus serventuários, o sistema tributário), é válido admitir que, embora haja uma eficiência funcional do órgão, ele pode atender a uma eficiência material, relativa ao objeto e condução das competências do órgão público. Isso porque, por exemplo, se uma determinada fiscalização identifica que a RFB está cobrando indevidamente tributos sobre determinado fato da vida que, na realidade, não se subsumi na hipótese de incidência tributária, o princípio da eficiência deveria conduzir esses serventuários a alertar a RFB e, com isso, promover uma alteração de entendimento, para o fim de dedicar a força

fiscalizatória (limitada em termos de pessoas, tempo e recursos) a outras matérias que, efetivamente, resultarão em retornos de arrecadação ao fisco.³⁴²

Esta eficiência “material” seria fortemente reforçada na hipótese de a RFB poder acessar uma massa de informações financeiras do mercado, (i) não apenas com finalidade de arrecadação, (ii) mas também para entender e conhecer o funcionamento do mercado de capitais. Começando pela análise da segunda hipótese, a RFB e seus serventuários teriam condições de absorver conhecimento sobre o mercado de capitais e seus fatos e, posteriormente, promover o entendimento sobre a dinâmica e funcionamento de seus fluxos e produtos, bem como atuar interpretando a ordem jurídica tributária para a geração de efeitos e criação de atos regulatórios, bem como propor adaptações e alterações na norma legal e políticas tributárias. Nada é possível, contudo, sem a percepção sobre o ambiente de negócio do mercado.

Enquanto isso, de acordo com a primeira hipótese, a informação financeira obtida do mercado permitira à RFB deter o conhecimento necessário para saber se os dados existentes em suas bases de informações sobre arrecadação de imposto de renda no mercado de capitais está, ou não, condizente com os dados de fluxos financeiros, rendimentos e ganhos supostamente obtidos. Não seria, evidentemente, uma verificação que resultaria na identificação de eventuais contribuintes a serem fiscalizados, mas sim na identificação de montantes globais que permitam aferir se a arrecadação efetiva está condizente com as informações de fluxos financeiros e operações coletadas de participantes do mercado. Seria uma verificação para fins de consistência e identificação de focos sobre os quais a RFB poderia, posteriormente, atuar de forma pormenorizada para entender se (i) as operações em relação às quais foi gerada determinada arrecadação possuem forte oscilação com base em fatores externos, se (ii) há indícios de que os participantes e investidores desse mercado realizam operações sem cumprir com as obrigações tributárias correspondentes, ou, ainda,

³⁴² “Sabe-se que interpretações divergentes ou colidentes discussões e insegurança jurídica que atrasam a atividade administrativa e a judicial (Cf. STJ, REsp 592.687, rel. Ministro Luiz Fux), prejudicando sua eficiência. Por isso, na forma acima, a EC 45, ao prever a edição de súmula como efeito vinculante para a Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual, distrital e municipal, no §1o do art. 103-A, diz que ela tem por ‘objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos’. Vale dizer: ao afastar tais óbices ao bom desempenho da atividade administrativa, a edição da súmula vinculante permite que tal atividade seja eficiente. Com a mesma finalidade, na área administrativa, temos as súmulas da Advocacia-Geral da União, de observância obrigatória por toda a Administração Federal, nos termos do arts. 2o e 17 da Lei complementar 73, de 10.2.93, como analisado no cap. XII, item 7.2. Do princípio da eficiência decorre o dever de eficiência (...).”. MEIRELLES, Hely Lopes et al. Direito administrativo brasileiro. 39ª ed., atualizada até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013.

se (iii) as informações que estão sendo obtidas pela RFB não servem ao fim de se definir indicadores de arrecadação para aquele mercado.

Conforme discutido no Capítulo 1 deste trabalho, a RFB não possui hoje informações fidedignas sobre algumas operações de renda variável realizadas ou registradas em mercados organizados, como aquelas referentes às operações com ações e outros valores mobiliários no mercado à vista em bolsa. Isso porque a RFB, embora tenha acesso aos valores das operações de venda desses valores mobiliários em razão do relatório de IRRF sobre tais alienações (“dedo-duro”), (i) não tem acesso ao custo de aquisição desses valores mobiliários, razão pela qual torna-se difícil a identificação do ganho de uma operação, e posteriormente, (ii) quando da utilização deste ganho para a apuração do ganho líquido (resultado líquido de compras e vendas no mês, deduzido ainda de perdas verificadas em operações de renda variável em bolsa), torna-se ainda mais difícil acessar a informação para verificar a adequação da base de cálculo utilizada pelo contribuinte.

E, desconhecendo a RFB se o total arrecadado nessas operações é, de fato, condizente com o que deveria ser arrecadado, acaba por se colocar em difícil dilema, uma vez que, considerando sua competência arrecadatória, (i) se suspeitar que está havendo perda de arrecadação, tem obrigação funcional de recuperá-la, devendo, para tanto, realizar fiscalizações pontuais (inclusive com emissão de RMF, nos termos da LC 105 e regulamentação) que podem, eventualmente, ser de difícil fundamentação por total falta de informação mínima à disposição da RFB, e (ii) por outro lado, embora não possa deixar de fazer cumprir eventuais obrigações tributárias, por vezes podem haver dispêndios com fiscalizações que, ao final, não resultem em tributo a recuperar. Seja em um ou outro caso, a informação financeira é relevante mesmo previamente ao procedimento de fiscalização.

Mais do que isso, sem poder afirmar que detém a informação necessária para confirmar que a arrecadação verificada em determinado ano está adequada, como pode a RFB, como auxiliar do executivo, confirmar que as políticas tributárias e, em última instância, a carga tributária existente sobre este ou aquele mercado de valores mobiliários é adequada e condizente com a realidade econômica e com a capacidade financeira dos contribuintes?

Para tanto, deveria a RFB adotar, por exemplo, a verificação que se pode levar a cabo pela denominada “Curva de Laffer”, assim nomeada em homenagem a Arthur Laffer, economista e Professor da Universidade de Chicago, sendo um conceito amplamente difundido na literatura econômica inserida no pensamento da Escola da Economia de Oferta. Consiste em um gráfico de parábola, que tem no seu eixo horizontal (x) a carga tributária

aplicada pelo Estado e no eixo vertical (y) a receita arrecadada por meio da mesma, representativo da relação de causa e efeito dessas duas variáveis. Percebe-se que, embora inicialmente o aumento da alíquota leve ao crescimento da receita tributária, a partir de um determinado patamar esse aumento passa a gerar queda de arrecadação, tornando-o até mesmo proibitivo.³⁴³

Em outras palavras, o aumento exagerado das alíquotas pode exceder o limite da capacidade econômica do contribuinte, levando-o a reduzir sua produção, o que diminui a base tributável, e/ou aumentar a evasão fiscal, de modo que, nos extremos da curva, com alíquotas extremamente altas ou baixas, a receita gerada é zero.

Entretanto, analisando-se o caso concreto da RFB e da ausência de informação efetiva sobre se a arrecadação para determinado mercado de valores mobiliários condiz com o total que deveria ser arrecadado, e considerando a alíquota de 15% incidente sobre os ganhos líquidos dessas operações, como poderia o fisco afiançar que aquela carga tributária é adequada e respeita os princípios constitucionais tributários, em especial o da capacidade contributiva e o da proporcionalidade? Além disso, não sendo possível afirmar sobre a adequação da carga tributária, e considerando que a tributação é, ao fim e ao cabo, uma questão de política tributária, não poderia a RFB atestar a adequação da hipótese de incidência tributária para aqueles casos concretos, uma vez que não detém informação suficiente para saber se as obrigações tributárias não estão sendo cumpridas ou se, em razão da carga tributária ou da hipótese de incidência existente, não há efetivamente operações a serem tributadas.

A relação entre a consecução da maior arrecadação possível, em respeito ao ordenamento jurídico, como meio de realização do bem comum, com a verificação do menor sacrifício para os contribuintes, é o dilema que a RFB enfrenta em relação à arrecadação nesses mercados, uma vez que lhe falta informações. Não poderia haver, nestas hipóteses, por exemplo, aumento da carga tributária por meio de elevação de alíquotas, uma vez que, não se conhecendo os impactos da carga tributária sobre determinado mercado, como, então, seria possível definir os efeitos econômicos e de crescimento dessa nova carga tributária?³⁴⁴

³⁴³ LIMA, Emanuel Marcos; REZENDE, Amaury José. Um estudo sobre a evolução da carga tributária no Brasil: uma análise a partir da Curva de Laffer. Disponível em: http://www.anpad.org.br/evento.php?acao=subsecao&cod_edicao_subsecao=167&cod_evento_edicao=21&interna=true#enapg.

³⁴⁴ GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. **O princípio do não-confisco no direito tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 58.

³⁴⁵ Quais seriam os impactos sociais de tal medida? A ausência de uma política tributária estruturada e eventual aumento dos impostos, faz com que não apenas o contribuinte se torne descrente em relação à efetividade de tais aumentos, mas também incentiva um movimento sonegatório.³⁴⁶

Isso acaba resultando em uma problemática também para a materialização e otimização da eficiência tributária,³⁴⁷ uma vez que, para se identificar esta eficiência, é preciso, primeiramente, conhecer os fatos sobre os quais incide a carga tributária e, posteriormente, saber sobre a adequação da arrecadação. Nas operações de renda variável no mercado de capitais, contudo, a RFB não só não possui a informação suficiente para conhecer o mercado, como também não detém elementos suficientes para saber se a arrecadação verificada encontra-se em patamares condizentes com o número de operações e fluxo financeiro do mercado.

Cumprir observar que, nos termos do art. 150, II, da CF, é vedado à União e demais entes da federação “*instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontram em situação equivalente, proibida qualquer distinção (...) independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos*” (grifos nossos). Assim, se há 2 investidores em operações que trarão, por meio de diferentes instrumentos, a mesma rentabilidade, a tributação de ambos deveria ser idêntica (inclusive com vistas ao princípio da isonomia e da impessoalidade). Caso contrário, a legislação tributária ou a interpretação efetivada pela RFB acabarão resultando em diferentes tratamentos para o mesmo rendimento, acarretando assimetria de informação para o mercado de capitais e, logo, tornando-o menos eficiente, com consequência imediata para a RFB, uma vez que resulta em menos operações e, portanto, menos renda a ser tributada. Alguns exemplos concretos dessas ineficiências serão detalhados na próxima seção.

Em relação à competência da RFB para coleta de informações destinadas à verificação de efeitos da norma e das políticas tributárias sobre o mercado, bem assim o aprimoramento das normas, interpretações e políticas já existentes, é interessante destacar que, como não se busca como resultado imediato a arrecadação, a informação financeira a que o fisco poderia ter acesso não precisaria ser individualizada, ao contrário do que dispõe

³⁴⁵ GOLDSCHMIDT, Fabio Brun; VELOSO, Andrei Pitten . Princípio da eficiência em matéria tributária. In MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Princípio da eficiência em matéria tributária. Pesquisas tributárias. Nova série, n. 12.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 198-199.

³⁴⁶ ICHIHARA, Yoshiaki. Princípio da eficiência em matéria tributária. In MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Princípio da eficiência em matéria tributária. Pesquisas tributárias. Nova série, n. 12.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 172.

³⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 83-84.

a LC 105 e sua regulamentação. Poderiam ser informações consolidadas, por exemplo, por instituição financeira, aglutinando apenas as operações nela cursadas ou que sejam mantidas em suas contas e custódia.

Por outro lado, a obtenção de informações consolidadas demanda a análise de duas questões. A primeira, refere-se ao nível em que as informações serão consolidadas. Como visto no Capítulo 1, são várias as instituições financeiras que prestam serviços para investidores no mercado, e elas se relacionam em diversos níveis. As corretoras são ou possuem agentes de custódia para os valores mobiliários custodiados por seus clientes, os quais estão depositados em depositários centrais. Isso é condição para que os valores mobiliários à vista sejam negociados em bolsas. Contudo, outros valores mobiliários podem estar registrados em ambientes de balcão, mas sendo liquidados em clearings, com o fluxo financeiro final sendo entregue aos investidores por meio de bancos liquidantes. Para que haja uma consolidação que forneça ao fisco uma informação pertinente para as suas atuações, talvez sejam necessários identificar diferentes responsáveis pela consolidação, a depender do valor mobiliário e do mercado a que se está tentando obter informações (por exemplo, os depositários centrais conhecem a quantidade de valores mobiliários, mas não detêm informações sobre fluxos financeiros e valores de liquidação das operações com esses valores mobiliários).

A segunda refere-se ao fato de que, se a RFB quiser auditar ou validar as informações consolidadas, apenas poderá fazê-lo tendo acesso às informações analíticas, que poderiam ou não identificar os investidores finais (contribuintes). E, caso os identifique, não há razão para que se obtenha as informações consolidadas, devendo seguir, imediatamente, para a obtenção das informações individualizadas dos contribuintes.

Por seu turno, para que a RFB pudesse obter as informações financeiras de forma individualizada por meio da sistemática de acesso sistêmico, seria necessária uma interpretação da LC 105 e, eventualmente, um ajuste do decreto regulamentados do art. 5º.

Hoje, em especial com a entrada em vigor da IN RFB 1571/15 (que introduziu a e-Financeira), a RFB já possui acesso a uma quantidade significativa de informações financeiras dos contribuintes que são informadas pelas instituições financeiras, inclusive com aumento do número de informações e detalhamento acerca de operações de renda variável em mercados organizados. No entanto, tais informações estão adstritas à identificação dos contribuintes e aos montantes globais mensais para cada grupo de operações e aplicações previstas no art. 3º do Decreto nº 4.489/02.

Contudo, uma vez confirmado pelo STF que não há “quebra” de sigilo quando do acesso de informações financeiras ao fisco por meio das instituições financeiras, justamente por entender que o que ocorre é transferência de sigilo, poder-se-ia buscar uma alteração no supramencionado decreto para inserir um número maior de alíneas no inciso VI do seu art. 3º, a fim de que a informação financeira sobre montantes globais mensais seja segregada em mais tipos de operações, fornecendo uma informação mais detalhada para a RFB (tanto para fins de arrecadação quanto para entendimento dos fluxos financeiros em cada tipo de operação de renda variável no mercado de capitais).

Outro caminho que a RFB poderia seguir caso quisesse, de fato, ter acesso a informações financeiras mais detalhadas e acuradas em relação a operações de renda variável no mercado de capitais, seria buscar, respeitando os princípios constitucionais tributários e o direito à privacidade dos contribuintes, a alteração do regime de recolhimento de imposto de renda para essas operações, alterando-o de regime de autorrecolhimento para regime de fonte, segundo o qual as instituições ficariam responsáveis pela apuração e recolhimento do imposto de renda, de forma centralizada.

Nos termos da legislação em vigor, as informações sobre custos são informadas apenas pelos contribuintes, não sendo fornecidas pelas instituições financeiras, e não é possível ao fisco reconstituir a base de cálculo de ganho líquido, que apenas é detida pelo contribuinte. A RFB não possui a informação sobre a efetiva arrecadação que poderia ser verificada no mercado de renda variável em bolsa (razão que explica e justifica até hoje a existência do autorrecolhimento).

Este modelo, contudo, partindo-se de políticas tributárias, resulta em grande impacto para o mercado e para os contribuintes. Não se pode afirmar se positivo ou negativo, mas, certamente, relevante. Isso porque, como grande parte das informações financeiras que são desconhecidas pelo fisco decorrem da informação acerca do custo médio dessas operações, das duas uma: (i) ou se obrigaria todos os investidores a prestarem essas informações em bases consolidadas para uma “virada” do regime de apuração (sendo certo que esta informação já deve ser declarada anualmente pelos contribuintes, mas não há bases consolidadas para que o fisco valide tais declarações, a não ser em procedimentos específicos de fiscalização), (ii) ou então dever-se-ia definir premissas para essas apurações que dependam de informações só detidas hoje pelos próprios investidores (como, por exemplo, se as vendas de ações por investidores que detêm ações tomadas em empréstimo são primeiro as emprestadas ou as próprias; ou calcular custos iniciais para essa nova sistemática de forma linear, previamente estabelecidos).

Quando a RFB, por falta de informações financeiras, mantém ou promove regras tributárias que resultam em riscos ou dúvidas pelos participantes do mercado de capitais, isso prontamente gera assimetrias informacionais que afastam os investidores de certas operações com valores mobiliários ou mesmo de determinados mercados, pela percepção de que possíveis custos de transação, no caso, tributários, podem acabar incidindo sobre operações que, a princípio, pela sua natureza, não deveriam ser tributadas. Os participantes e investidores do mercado de capitais são avessos a riscos e inseguranças jurídicas. Este ciclo vicioso gera ineficiências para o mercado, uma vez que a saída de investidores reduz os volumes, e redução de volumes afugenta investidores.

Em um cenário no qual o mercado de capitais desenvolve-se em termo de novos produtos e tecnologias, e em razão dos quais tornar-se-á mais completo para os investidores e mais complexo para aqueles que buscam entender suas dinâmicas, a RFB precisa urgentemente se aparelhar em termos de conhecimento desse mercado, para o fim de conseguir identificar o funcionamento das operações e quais os fluxos financeiros precisam ser acompanhados para fins de efetiva arrecadação. A manutenção de tratamentos distorcidos entre produtos e interpretações fiscalistas de operações de renda variável leva a ineficiências no mercado de capitais, estancando seu crescimento e, com isso, tornando ineficiente a própria arrecadação pela RFB, tendo em vista que a redução do número de operações reduz, por consequência, os ganhos que poderiam ser objeto de tributação.

De acordo com o modelo de acesso a informações hoje adotado pela RFB, ela receberá informações financeiras continuamente pelo acesso sistêmico do art. 5º da LC 105, porém, apenas em relação à identificação dos contribuintes e montantes globais divididos em alguns tipos de operações e aplicações. Ou, então, acessando pontualmente informações por meio de fiscalizações individualizadas, nos termos da LC 105 e sua regulamentação. Isso, contudo, não é suficiente para promover o conhecimento dos fatos sobre os quais incide as normas tributárias, e que precisam ser entendidos e internalizados pela RFB, em linha com a eficiência que ela deve promover em sua atividade funcional e em relação ao mérito de sua atividade: a adequada aplicação do sistema tributário.

Para dar um próximo passo nesse sentido, e nos termos de sua competência, a RFB pode analisar os efeitos que as normas e as políticas tributárias impingem no mercado de capitais, bem como buscar aperfeiçoar as normas, políticas e interpretações tributárias. Para tanto, contudo, faz-se necessário acessar informações financeiras que hoje não lhe são prestadas de forma contínua (como no caso do acesso sistêmico do art. 5º da LC 105). Isso porque as informações que são continuamente prestadas ao fisco pelas instituições

financeiras estão adstritas à identificação dos contribuintes e ao montante global mensal de algumas operações e aplicações, e não contêm, em síntese, (i) nem as informações detalhadas de custo e custo médio necessárias para o fisco apurar e validar bases de cálculo de operações à vista com valores mobiliários; e nem (ii) informações financeiras que permitam aprimorar o conhecimento sobre a dinâmica, o funcionamento e os fluxos financeiros das operações de renda variável no mercado de capitais.

Faz-se necessário, assim, que a RFB desenvolva novas sistemáticas que lhe permitam acesso adequado a informações financeiras, podendo optar (i) por promover junto ao executivo e ao legislativo ajustes na legislação para o fim de alterar o regime de tributação das operações de renda variável em mercados organizados, passando a tributá-las na fonte pelas instituições financeiras, ao invés de observar o regime de autorrecolhimento, o que demandaria a definição de premissas para permitir a apuração por terceiros que não os próprios investidores (como, por exemplo, nas operações de empréstimos de ações com posterior alienação, sendo certo que este modelo reduziria fiscalização e permitiria o fornecimento de obrigações acessórias com as informações financeiras completas sobre as operações tributadas; ou (ii) pelo desenvolvimento de sistemas por meio dos quais as instituições financeiras forneceriam informações financeiras consolidadas das operações de seus clientes, podendo ser definidos diferentes níveis de consolidação e sendo dispensado qualquer tipo de validação da base de dados, uma vez que esta validação representaria afronta aos limites da transferência de informações contido na LC 105.

Em ambos os modelos a RFB passaria a deter uma massa maior de informações financeiras que permitirão o aumento do conhecimento sobre as operações de renda variável no mercado de capitais e possibilitarão tanto ajustes de interpretação e de normas regulamentares, quanto a proposição para aprimoramento da legislação tributária pelo executivo e pelo legislativo, em linha com suas competências e observado o princípio da eficiência da Administração Pública. Contudo, no primeiro modelo haveria ainda um ganho de eficiência funcional, uma vez que a arrecadação seria realizada na fonte e seria reduzido o número de responsáveis a ser fiscalizado, e, no segundo, certamente a RFB ganharia em conhecimento, e poderia permitir aperfeiçoar a interpretação sobre a legislação hoje existente vis a vis as operações e suas naturezas.³⁴⁸

³⁴⁸ “De fato, algumas operações financeiras podem acarretar na identificação de traços ou elementos reveladores da forma de vida, costumes, preferências ou planos das pessoas. Entretanto, na maior parte das operações bancárias, não existe possibilidade de violação à esfera da vida privada e intimidade de alguém, visto que o conhecimento se restringe a dados quantitativos. O tema em questão não é constitucional, mas

3.4 Casos concretos de ineficiências do sistema tributário que impactam o mercado de capitais

Os exemplos que serão aqui citados visam demonstrar como a administração tributária federal, ao não atuar de acordo com suas competências (melhoria do sistema tributário e aumento do conhecimento sobre o mercado) acabou por produzir normas e interpretações que resultaram em ineficiências para o indivíduo (que foi impactado em relação aos resultados econômicos dos mercados em que opera) e para a própria administração tributária, uma vez que sem o desenvolvimento dos mercados não há novas operações e, portanto, renda a ser tributada pelo IR. Demonstrar-se-á pelos exemplos abaixo o quanto a ausência de informação sobre o funcionamento do mercado de capitais leva a RFB a instituir normas regulatórias e propor outras de âmbito legislativo que não se coadunam com a natureza dos valores mobiliários negociados.

A falta de eficiência da Administração tributária no exercício de suas competências resulta em ineficiência para os mercados e para a própria arrecadação, que não pode ser vista como único fim da administração tributária, devendo-se considerar também a eficiência do sistema tributário e seus efeitos extrafiscais, tão sensíveis para o mercado de capitais.

O primeiro exemplo trata de uma alteração introduzida na legislação tributária por meio do art. 2º e seus §§, da Lei nº 11.033/2004, passando-se a tributar pelo imposto de renda na fonte (“IRRF”), à alíquota de 0,005% (à exceção das operações de day-trade, que já eram tributadas pelo IRRF e permaneceram assim tributadas à alíquota de 1%), as operações de renda variável em bolsas de valores, mercadorias e futuros e assemelhadas, bem como as operações em balcão organizado com valores mobiliários do mercado à vista e operações de liquidação futura fora de bolsa. As bases de cálculo deste IRRF, definidas nos incisos do §1º, normalmente remetem para ganhos nas operações de renda variável, mas para o mercado à vista, por exemplo, a incidência foi determinada sobre o valor da alienação do valor mobiliário.

também não é possível afirmar que é completamente ou integralmente inconstitucional. Neste círculo limitado, do dado meramente contábil, não há espaço para invasão da intimidade ou privacidade. O dado numérico ou contábil em si não revela costumes ou preferências pessoais. Logo, não há invasão da intimidade ou vida provada nas operações isoladas, objetivas e impessoais, havendo porém, a possibilidade de ingresso em indicadores da intimidade e vida privada de alguém nas operações que envolvem terceiros quando conhecido o "lado" qualitativo nelas presentes.”. CASTRO, Aldemario Araujo. A constitucionalidade da transferência do sigilo bancário para o fisco preconizada pela lei complementar n. 105/2001. Jus Navigandi, Teresina, n. 51, 2001, p. 1.

Este IRRF tem por finalidade (e para isso foi inserido no ordenamento jurídico tributário) coletar informações para o fisco sobre alienação de valores mobiliários, servindo como ferramenta para que o fisco possa cruzar as informações desse IRRF (denominado pelo mercado de “dedo-duro”) com aquelas declaradas pelos contribuintes acerca da alienação de valores mobiliários, e, assim, verificar a consistência dessas informações. É um tributo claramente destinado à função de fiscalização do fisco, não possuindo caráter arrecadatório, em especial pelo seu valor irrisório (0,005%).³⁴⁹

Mesmo sendo este IRRF tratado como antecipação do IR devido, seja para as pessoas físicas ou jurídicas, admitindo-se a sua compensação futura, a sua incidência sobre o valor total da alienação para valores mobiliários no mercado à vista acaba por ser distorcida, uma vez que (i) o investidor pode vir a alienar o valor mobiliário por valor inferior ao seu custo médio, resultando em um IRRF que não tributa a renda; e, de forma genérica para os demais valores mobiliários (ii) acaba por não ser um tributo efetivo em sua função arrecadatória, mas sim um sinalizador para o fisco de alienações em mercados de renda variável, o que, em si, não fornece a totalidade da informações pertinente para que o fisco possa identificar indícios de irregularidade na tributação pelo regime de autorrecolhimento dos contribuintes.

O IRRF “dedo-duro” atua como um tributo incipiente utilizado pelo fisco para poder acessar informações do mercado, por meio das instituições financeiras intermediárias, responsáveis pela sua retenção e recolhimento ao fisco, com conseqüente necessidade de apresentação das informações, por investidor-contribuinte, do total de IRRF recolhido e CPF ou CNPJ por meio de DIRF.³⁵⁰ Adota-se o ferramental tributário e move-se a máquina da administração tributária voltada para a arrecadação apenas para o fim de se obter uma informação (incompleta e imprecisa) sobre alienação de valores mobiliários de renda variável em mercados organizados.

O segundo exemplo refere-se à tributação das operações de empréstimo de títulos e valores mobiliários, operações que podem ser realizadas em ambientes de entidades autorizadas pelo Bacen a prestar o serviço de câmaras de compensação e liquidação (“Clearings”), nos termos da Resolução CMN nº 3197, de 27/05/2004, e da Instrução CVM nº 441, de 10/11/2006. Estas operações resultam, nos termos da legislação civil, em efetivo mútuo entre prestador e tomador dos títulos ou valores mobiliários, alterando-se a

³⁴⁹ BIFANO, Elidie de Palma. O Mercado Financeiro e o Imposto sobre a Renda. 2ª Edição, atualizada e ampliada. São Paulo, Quartier Latin, 2011, p. 254.

³⁵⁰ TÓRRES, Heleno Taveira (coord.). Tributação nos Mercados Financeiro e de Capitais e na Previdência Privada. São Paulo, Quartier Latin, 1ª ed., 2005, p. 23-24.

titularidade desses ativos nos ambientes em que eles estão depositados (depositários centrais). São contratos bilaterais, na maior parte das vezes sem conhecimento entre as partes, e por meio do qual o tomador paga juros ao prestador pelo tempo que permanecer com o ativo.

Uma vez que referidos ativos são escriturais, a transferência de sua titularidade acaba por, perante os sistemas de registro e depósito, transferir a propriedade do ativo, e não apenas sua posse. Apenas o efetivo proprietário tem conhecimento sobre a propriedade do ativo, sendo que nem o sistema da Clearing registra esta informação, uma vez que, por não ser possível carimbar estes ativos, o controle de entradas e saídas ocorre pelo saldo, sendo possível identificar os montantes emprestados e tomados de ativos, bem como os saldos de obrigações bilaterais entre os investidores, mas não a cadeia de movimentação do ativo. Este, inclusive, pode ser alienado pelo tomador, uma vez que pode ser adquirido pelo tomador quando da data de devolução para o prestador.

Este mercado de empréstimo de títulos e valores mobiliários surge como uma ferramenta do mercado de capitais para que investidores e a própria bolsa, que precisa manter sistemáticas de salvaguarda das operações que são nela negociadas e posteriormente compensadas e liquidadas, possam obter no mesmo dia ativos necessários para que se possa honrar obrigações em aberto (a liquidação de ativos no mercado secundário ocorre sempre entre 1 (hum) a 3 (três) dias da operação, e não na própria data da operação). E, pelo lado dos investidores, que muitas vezes mantêm posições “paradas” de ativos depositados nas centrais depositárias, é uma forma de remunerar tais ativos por meio do recebimento de juros.

Para que os investidores sejam incentivados a oferecer seus ativos em operações de empréstimo, a CVM, nos termos do art. 10 da ICVM 441, determinou que referidos investidores teriam garantido em suas operações de empréstimo “a manutenção de sua situação financeira original” sobre o ativo. Em outras palavras: considerando-se um empréstimo de ações, as quais podem distribuir dividendos (isentos) e juros sobre o capital próprio (tributados ou isentos, a depender da natureza tributária do investidor), por mais que o ativo seja emprestado e durante o empréstimo a companhia distribua dividendos e JCP, o tomador que constará como acionista da companhia, mas terá a obrigação de reembolsar o titular (prestador) no valor de proventos que este receberia se estivesse de posse das ações.

Não havia regra tributária para este mercado até 2007, quando, por meio da Instrução Normativa SRF nº 765, de 02/08/2007, a RFB resolveu regulamentar o reembolso, tratando-o como redução de custo para os ativos emprestados. Posteriormente, esta regra foi incorporada pela Instrução Normativa RFB nº 1.022, de 2010.

Este modelo seria simples se todas as pessoas, físicas e jurídicas, tivessem a mesma natureza tributária. Contudo, em relações entre pessoas tributadas e isentas (emprestador sendo tributado e tomador sendo isento), criava-se uma situação deveras estranha, mas permitida pela IN: as pessoas isentas ou imunes tomadoras, quando realizassem operações de empréstimo com prestadores tributados, e no curso da operação ocorresse a distribuição de JCP, o tomador restava ao final da operação com 15% (quinze por cento) líquido em seu patrimônio, que restava não-tributado.

Apenas em 2011 a RFB atentou-se para este fato e, a partir daí, realizou uma série de interações com participantes do mercado de capitais para verificar como poderia ser adequada sistemática do produto, bem como sua tributação. Em paralelo, e para fins de garantia da segurança tributária das operações, foi pleiteado pelo mercado que o regramento tributário do reembolso não fosse tratado apenas em Instrução Normativa, mas sim em lei, uma vez que referido reembolso não deveria ser tributado (pela lógica e premissas do mercado de empréstimo de títulos e valores mobiliários), constituindo efetiva isenção ou hipótese de não-tributação que apenas a lei poderia determinar.

Assim, depois de sucessivas interações para que os participantes do mercado pudessem explicar a sistemática e a regra material do empréstimo de ativos para a RFB, restou consolidada uma proposta de tributação que seria remetida às instâncias cabíveis no governo (e que trazia tanto a tributação dos 15% que restavam nas pessoas isentas e imunes, como propunha o ajuste em lei da não-tributação do reembolso em operações de empréstimo de ativos de renda variável e de renda fixa).

Em 10/07/14 foi publicada a MP nº 641/14 cuja redação assim dispunha:

Art. 7º O valor, integral ou parcial, reembolsado ao prestador pelo tomador, decorrente dos proventos distribuídos pela companhia emissora das ações durante o decurso do contrato de empréstimo, *é isento do imposto sobre a renda* para o prestador, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior.

A MP recebeu 334 emendas, sendo que nenhuma delas tratava sobre o caput do art. 7º, tratando a maior parte dela sobre temas que não eram afetos à tributação do empréstimo de ativos.

Contudo, passado o prazo para apresentação de emendas, o governo, instruído pela RFB no exercício de sua competência de interpretar e buscar aperfeiçoar as normas tributárias, apresenta uma emenda ao texto contido na MP relativo ao caput do art. 7º,

modificando sua redação original para dispor, conforme constante no Relatório do relator, publicado em 07/10/14, que

O valor, integral ou parcial, reembolsado ao prestador pelo tomador, decorrente dos proventos distribuídos pela companhia emissora das ações durante o decurso do contrato de empréstimo, *é isento do imposto sobre a renda retido na fonte* para o prestador, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior.³⁵¹

O texto constante no relatório, que passou a isentar um IRRF e não o IR que poderia incidir nos pagamentos dos reembolsos entre tomadores e prestadores, foi mantido no PLV nº 15/14 (projeto de lei de conversão) e, posteriormente, aprovado no Congresso Nacional em conjunto com as demais matérias do PLV, convertendo-se a MP na Lei nº 13.043, de 14/11/14.

Com a redação introduzida na MP pelo governo, alterando o projeto inicial por meio de emenda originada de interações do governo com a RFB, a lei passou a isentar um IRRF já inexistente quando do pagamento de valores, quando, na verdade, o intuito era isentar o IR que incidiria sobre o valor do reembolso para o prestador, a fim de mantê-lo em mesma situação patrimonial caso não tivesse emprestado o ativo.

Pelo fato de o empréstimo de ativos ser matéria de cunho técnico muito específico e não possuir ampla divulgação, o entendimento das operações e do processo de negociação e liquidação das operações de empréstimo e de reembolso demandavam a absorção de conhecimento de mercado para que se pudesse, com o conhecimento tributário, entender como acoplar ambos os sistemas jurídicos. Uma vez ausente o primeiro conhecimento para os redatores da emenda que alterou a MP 641, elaborou-se proposta não-condizente com o funcionamento do mercado, restando por criar uma ineficiência ao mercado de capitais: hoje o reembolso, por interpretação literal do art. 7º da Lei nº 13.043/14, é tributado pelo IR quando recebido pelo prestador, onerando-o e levando a uma redução no número de investidores interessados em emprestar ativos, o que pode ocasionar um futuro problemas para a liquidez das salvaguardas do mercado de capitais.

Como terceiro exemplo podemos citar a tributação das cotas de fundos de investimento de índice de mercado, também conhecidos como Exchange Trade Funds (“ETF”), fundos passivos que tem como objetivo replicar na rentabilidade de sua carteira

³⁵¹ Quadro comparativo da MP 641 X PLV 15: acessado em 15/10/2016: <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getDocumento.asp?t=155606>

índices de mercado. Outra característica marcante desses fundos é o fato de que, embora sejam fundos abertos (admitem resgate e constituição de cotas ao longo de sua vida) eles devem, obrigatoriamente, ter suas cotas negociadas em ambientes de mercados organizados de bolsa ou de balcão, nos termos da regulamentação.

No Brasil, por serem fundos de investimento, os ETF são regulados pela CVM, por meio da ICVM nº 359, de 22/01/2002, alterada pelas ICVM nº 537/13 e 545/14. Percebe-se que, desde 2002 tais fundos são regulados e autorizados a serem constituídos no Brasil, mas apenas em 2012, com o crescimento do interesse pela aquisição de cotas desses fundos no Brasil que se iniciou uma preocupação acerca da sua tributação.

Isso porque os ETF não são fundos de ações, fundos de renda fixa, fundos imobiliários ou fundos de debêntures incentivadas. Não possuem como objetivo investir neste ou naquele ativo, mas sim fazer com que a rentabilidade acompanhe a oscilação de um determinado índice. As discussões tributárias existentes no mercado, contudo, não se concentravam apenas na negociação das cotas, mas também na tributação quando da constituição e resgate das cotas, ainda mais considerando a dificuldade operacional adicional de que as cotas estariam sendo negociadas a mercado.

A princípio, as primeiras dúvidas referiam-se a ETF de renda variável, em especial relativo a índices de ações. Depois de algumas interações de representantes de participantes do mercado de capitais com a RFB, para o fim de expor o problema em não haver normas tributárias específicas para a tributação do ETF de índice de ações, a RFB restou por compreender o pleito e alterou a Instrução Normativa RFB nº 1022, de 05/04/2010, para o fim de introduzir os artigos 22-A a 22-D, versando sobre “Fundo de Investimento em Índice de Mercado - Fundos de Índice de Ações”, por meio da Instrução Normativa RFB nº 1290, de 06/09/2012. Referidos artigos traziam uma interpretação objetiva sobre a ocorrência de ganho de capital nas situações de negociação, resgate e integralização de cotas, e equiparavam os ganhos realizados em mercados secundários ao ganho líquido típico de operações de renda variável em bolsa e assemelhadas.

No entanto, os ETF de índices de ações não eram os únicos fundos possíveis de serem constituídos segundo as normas da CVM. Outros fundos, baseados em índices de renda fixa e também imobiliários começaram a ser pensados pelo mercado e, com eles, a percepção de que não havia uma norma tributária adequada para tributá-los.

Como visto no Capítulo I, a regra geral de tributação para operações financeiras é que, caso não haja regra específica, elas serão tributadas como operações de renda fixa, sujeitas à tabela regressiva de acordo com o tempo de permanência na operação.

Esta regra padrão, contudo, não se aplicava, do ponto de vista econômico, aos ETF de renda fixa e aos ETF imobiliários, uma vez que, por ser o ETF um fundo típico de mercado secundário, sendo passível a sua negociação, a tributação de acordo com o prazo de permanência no ativo afastaria a premissa de liquidez que se visava obter, inclusive por parte do Tesouro Nacional (interessado em aumentar o volume de aquisição de títulos públicos, bem como a sua distribuição, mesmo que indireta, no mercado). Além disso, embora seja um fundo, a aplicação da regra dos fundos de renda de curto e longo prazo não poderiam ser simplesmente replicadas, tendo em vista que, para replicar o índice de renda fixa, os gestores dos ETF poderiam se valer de outros ativos, inclusive derivativos, não sendo possível integrá-los para fins de tributação de renda fixa de curto ou longo prazo.

Assim, durante o segundo semestre de 2012 e o primeiro semestre de 2013, participantes do mercado interagiram com a RFB para o fim de apresentar as possíveis estruturas desses fundos e como poderiam ser tributadas a negociação, o resgate e a integralização de suas cotas. A principal proposta visava a vinculação da tributação à composição da carteira do fundo, ou seja, à semelhança do que ocorrem com os fundos de ações, a concentração de um determinado ativo na carteira do ETF, independentemente do índice que ele visava refletir, determinaria a sua tributação. Esta regra permitiria não apenas a criação de ETF de renda fixa e de imobiliários, mas também de outros valores mobiliários de renda variável.

Ocorre que tal tributação não poderia ser objeto apenas de interpretação por parte da RFB e edição de normas regulatórias. Demandaria a edição de legislação específica, atuando a RFB como interlocutor técnico especializado entre o mercado e o governo para o fim de conduzir à construção de uma norma legal que atendesse os anseios do mercado e atendesse aos interesses do governo.

Depois de uma série de rodadas de discussões entre integrantes que representavam a RFB e outros que representavam instituições do mercado, o governo e a RFB decidiram por alterar as propostas então em discussão, tentando impor a tributação na fonte para todos os ETF, sejam eles de renda fixa ou de renda variável. A ideia da RFB era conseguir tributar essas operações com redução de esforço de fiscalização e tendo, ainda, obrigações acessórias para poder validar os valores recolhidos pelos responsáveis tributários.

Também como visto no Capítulo I, as operações de renda variável demandam, para sua tributação, o conhecimento sobre o custo médio de aquisição dos valores mobiliários, sendo que apenas os investidores possuem esta informação, em especial porque podem adquiri-los por diversos intermediários.

Sendo impraticável a regra proposta pelo governo, por meio da RFB, os participantes do mercado discutiram por meses a norma, a fim de demonstrar ao fisco a impraticabilidade de sua introdução. Enfim, no primeiro semestre de 2014, tendo a RFB anuído com a não-aplicação da regra de retenção fonte para os ETF de renda variável, conduziram a tributação dos ETF de renda fixa para um novo caminho, a fim de tributá-lo por meio do prazo de repactuação da carteira do fundo. Esta regra não se confunde com a das operações de renda fixa e nem com as operações de renda variável.

Assim, em setembro de 2014, a MP 651/2014 foi publicada para o fim de tratar, entre outros temas, sobre a tributação dos ETF de renda fixa em seus arts. 1º a 5º. Referida MP foi, em setembro de 2014, convertida na Lei nº 13.043/2014, estando em vigor até a presente data.

Embora a legislação publicada tenha permitido que o ETF de renda fixa fosse desenvolvido pelo mercado (uma vez que havia segurança jurídica acerca da sua tributação), a regra adotada pela RFB como referência para que o governo editasse e aprovasse no legislativo uma nova lei, em razão da sua complexidade e da diferença em relação às demais normas tributárias existentes para operações financeiras, que resultou em regulamentações e novos entendimentos com a RFB, acabou por não simplificar o sistema tributário e trouxe ineficiências não apenas para o mercado (que até o presente momento, mais de dois anos depois da edição da lei, não lançou nenhum ETF de renda), mas também para a arrecadação, que até o momento não sentiu os efeitos do novo produto financeiro.

Por fim, cumpre exemplificar uma tentativa da RFB para conseguir acessar informações pertinentes ao exercício de suas competências, em especial de arrecadação, como o custo médio de aquisição das ações. A RFB busca, há anos, obter de forma mais simples e organizada a informação sobre esses custos médios, uma vez que, com ela, seria possível à RFB, em conjunto com as informações contidas na DIRF sobre a retenção fonte em operações de renda variável no mercado de capitais, recalculas as bases de cálculo do ganho líquido (pelo menos para investidores que possuam apenas ações em suas carteiras) e verificar a adequação do imposto de renda recolhido ou das perdas computadas.

A dificuldade para a identificação desse custo médio decorre do fato de que (i) a aquisição das ações não ocorre apenas em mercados organizados, podendo também ocorrer em operações privadas, não havendo um participante do mercado que possa afiançar deter a informação sobre a totalidade de aquisições de ações de um investidor; (ii) a informação do custo médio não é estanque, e novas aquisições podem alterá-la; e (iii) nas declarações dos

investidores são informados o custo para aquisição de uma determinada quantidade de ações, mas não há a obrigatoriedade de se informar o custo médio.

Assim, sem poder se recorrer a um determinado participante do mercado de capitais (instituição financeira) para auxiliara na obtenção dessa informação, mas verificando os elevados gastos com fiscalizações pontuais de mercado de capitais acerca do tema, a RFB restou por, em 25/04/2013, publicar a IN RFB nº 1349/2013, criando o “Informe de Operações em Mercados Organizados de Valores Mobiliários”, relatório (“Informe”) que tinha por objetivo obrigar as instituições financeiras intermediárias (corretoras e distribuidoras) a prestar ao fisco o custo das operações com ações realizadas para seus investidores.

Referido Informe (não se pode falar em obrigação acessória, uma vez que não era acessória a nenhuma retenção ou recolhimento), contudo, por não estar vinculada a uma obrigação tributária principal, e também por solicitar informações detalhadas que extravasavam ao limite do que determina a LC 105 em seu art. 5º (e decreto correspondente), foi questionada pelos participantes e entidades de classe do mercado de capitais, em interações com a RFB realizadas entre maio e junho de 2013. Diante das razões apresentadas pelo mercado, a RFB, em 31/07/2013, publicou a IN RFB nº 1379/2013, postergando a data de produção de efeitos da IN RFB nº 1349/2013 para 01/01/2014.

A ideia seria de que, durante esse período, RFB e entidades representativas do mercado de capitais pudessem discutir o objetivo e conteúdo do relatório, bem assim a existência de fundamentos jurídicos para tanto, e, em paralelo, evoluir em um possível leiaute do Informe, que passaria a conter uma gama muito maior de informações, incluindo, por exemplo, opções, empréstimo de títulos, transferências de valores mobiliários em ambientes de depositária central, com e sem troca de titularidade, e derivativos de balcão. Isso porque, durante a realização dos trabalhos conjuntos, a RFB atentou-se para os diversos fluxos financeiros e operacionais que cercavam essas operações, e tentou capturá-los, juntamente com uma informação muito detalhada, no Informe.

Depois de meses de conversas técnicas, em 02/01/2014 foi revogada a IN RFB nº 1349/2013, uma vez que a RFB e o mercado não haviam chegado a um consenso sobre o leiaute que supriria as necessidades do fisco, havendo, por trás dessa falta de consenso, o desconhecimento por parte de quem não é afeto às operações no mercado de capitais.

Houve ainda tentativas de se retomar a elaboração do Informe por parte da RFB, mas, em 02/07/2015, foi publicada a IN RFB nº 1571/2015, que instituiu a e-Financeira (para fins de atendimento ao IGA firmado entre Brasil e EUA relativo ao FATCA), e na qual já eram

solicitado um conjunto de informações em maiores detalhes do que havia em qualquer outra obrigação acessória da RFB até aquele momento, mas, partindo do pressuposto de seria impossível capturar a totalidade da informação do mercado de capitais por fornecer um raio-x à RFB, a e-Financeira partia de uma premissa mais realista de se obter as informações que eram possíveis de serem fornecidas, tentando não infringir disposições da LC 105.

O descritivo acima demonstra a ineficiência gerada pelo próprio fisco que, ao visar a obtenção de informações apenas e exclusivamente para arrecadação, não preocupou-se com o entendimento do mercado, acabando por despender tempo e recursos da fiscalização (tornando-a ineficiente) para desenvolver, primeiramente, um relatório limitado para fins de arrecadação, e, depois, um relatório complexo e incompleto, também visando exclusivamente a arrecadação e não a obtenção de informações para melhor conhecimento do mercado e dos efeitos da norma e da política tributárias sobre ele. A percepção inicial da RFB era a de que ela teria a totalidade da informação para calcular o ganho líquido em mercado de capital, quando este, na verdade, só é passível de cálculo pelo contribuinte, pela lógica do autorrecolhimento. Houve dispêndio de tempo e recursos, em afronta ao dever de eficiência que deve ser observado pela administração tributária.

3.5 As evoluções no mercado de capitais e os desafios da RFB para captura e utilização de informações

O mercado de capitais é probo na criação e constituição de inovações financeiras, as quais buscam atender aos anseios dos investidores e a situações práticas que se mostram com o natural desenvolvimento econômico e do conhecimento.

Nas palavras de Otavio Yazbek

são exemplos de inovações financeiras surgidas desde então: os derivativos financeiros, em suas diversas modalidades e combinados em estratégias, que viabilizaram o hedge contra exposições a riscos de mercado em um mundo marcado por uma cada vez maior volatilidade; os processos de securitização, que permitiram que relações creditícias individuais, “empacotadas”, fossem tornadas lastro de títulos de dívida, emitidos em mercado, melhorando as condições de oferta de crédito e, em um segundo momento, permitindo arranjos mais elaborados de financiamento (aí já no campo das finanças estruturadas); e os derivativos de crédito, criados para permitir uma melhor administração dos riscos de crédito pelas instituições

financeiras e conseqüentemente, uma utilização mais racional dos limites estabelecidos no Acordo da Basiléia.³⁵²

Essa inovação, contudo, desafia continuamente aqueles que têm por função e competência regular e atuar sobre esse mercado: seus principais reguladores, BC e CVM. Isso não são apenas em razão das inovações em si, que precisam ser reguladas ou vedadas, mas em especial em decorrência dos efeitos que essas inovações trazem para o mercado e seus participantes. Como toda peça nova inserida em um sistema complexo, as externalidades serão verificadas, talvez só não se saiba bem onde e como ela surgirá e quais efeitos produzirá.

Assim, ao mesmo tempo em que o mercado demanda inovações, ele necessita que haja uma ação externa daqueles que podem auxiliara a reduzir fontes de instabilidade. Ocorre que a atuação dos regulares nem sempre é imediata, sendo normalmente a posteriori, dada a dinâmica do mercado, no qual os agentes estão sempre à frente dos reguladores.

De todo modo, por vezes as evoluções e inovações no mercado de capitais não decorrem apenas do interesse em novos e estruturados investimentos, mas também servem para fins de criação de instrumentos que permitam ganhos indiretos, decorrentes de arbitragens tributárias realizadas com instrumentos híbridos.

Os instrumento híbridos são aqueles que, embora emitidos pelas companhias autorizadas e atuar como emissores no mercado de capitais, não possuem características de *equities*, mas sim de dívida (*debts*). São instrumentos que, normalmente, não representam o capital da companhia, mas pagam juros vinculados aos resultados por ela verificados.³⁵³

Esta é uma típica situação na qual a legislação brasileira não encontra resposta objetiva para o enquadramento tributário que deverá ser realizado em relação a tais instrumentos. A legislação tributária vincula a tributação ao tipo de operação, quase como se carimbasse a forma de uma operação.

Contudo, com as inovações financeiras que têm sido introduzidas, nem sempre uma operação, ou um conjunto de operações propositadamente ordenadas, gera os mesmos efeitos econômicos que ela, isoladamente, geraria. Em que pese isso não seja, a princípio, um problema para a legislação tributária (e, efetivamente, não o é), uma vez que se está

³⁵² YAZBEK, Otavio. Crise, inovação e regulação no mercado financeiro – considerações sobre a regulamentação do mercado de derivativos de balcão, disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1041837/mod_resource/content/1/YAZBEK%20-%20Derivativos%20balcao%20-%202011.pdf. Acessado em 15.12.2016.

³⁵³ Quiroga, Roberto. Piconez, Matheus Bertholo. Tratamento tributário dos instrumentos financeiros híbridos. Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e distanciamentos). Dialética: São Paulo, 2011.

subsumindo o fato à norma tributária com a consequente incidência dos correspondentes tributos, acaba por ser para as políticas tributárias e para fins de arrecadação.

As políticas tributárias orientam a ação do Executivo com base nas normas preexistente, bem como podem, a depender das informações disponíveis para os seus executores, propor alterações legislativas para o fim de buscar reequilibras situações econômicas ou mesmo para criar benefícios a determinados seguimentos do mercado, tendo como pano de fundo a arrecadação total obtida por meio dos tributos (receitas derivadas).

Quando uma operação, ou até mesmo um mercado, em razão de estruturas financeiras e econômicas que não afrontam a norma tributária e nem outras normas relativas à regulamentação do mercado, conseguem se combinar ou inovar em termos de sua forma para o fim de obter efeitos econômicos diversos daqueles originariamente pensados pelo legislador, ocorre uma dissonância entre o que se espera tributar e o que é efetivamente tributado, com danos (não decorrentes de ações ilícitas) para o Erário Público

Se por um lado a administração tributária não possui o acesso necessário a informações sobre operações e participantes do mercado para poder melhor compreendê-lo, de outro lado o mercado se move para, nessas lacunas da ação do fisco, desenvolver produtos e fluxo que permitem a obtenção de resultados econômicos elevados, mas que em razão da combinação de operações e montagem dos produtos, acabam sendo enquadrados para fins tributários de forma menos onerosa.

Como dito acima, o mercado move-se antes dos reguladores, e quando a lacuna de conhecimento deste em relação aquele é muito grande, as chances de ocorrerem mais situações de descasamento entre ação do mercado e norma aumenta.

A preocupação com esta frente dos instrumentos híbridos é relevante, inclusive não apenas para fins locais, mas também em relação a atuações dos participantes do mercado no sentido de buscar arbitragem tributária entre jurisdições, em especial em decorrência de regras específicas de tratado. Tanto é assim que o *Base Erosion and Profit Shifting Project* (BEPS) possui uma ação própria apenas para tartar sobre instrumentos híbridos, com o fim de estabelecer regras a serem observadas por esses instrumentos, mas apenas depois de serem entendidos e analisados os impactos que diferentes tratamentos tributários em jurisdições diversas podem causar para o fim de obtenção de ganho considerados “injustos”.³⁵⁴

³⁵⁴ OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project 2015 final reports. Executive Summary. Disponível em <https://www.oecd.org/ctp/beps-reports-2015-executive-summaries.pdf>. Acessado em 14.12.2016.

Mas não é só a evolução financeira que tem trazido discussões para fins tributários em relação ao mercado de capitais. A evolução tecnológica, com o aumento da velocidade de operações, a mobilidade do capital e a possibilidade de que as pessoas possam operar de qualquer dispositivo portátil tem mudado a lógica de como as operações são realizadas, e, evidentemente, os reguladores precisam correr atrás para se adaptar.

Os principais avanços tecnológicos que podem impactar a lógica tributária e demandarão um esforço grande do legislador e da RFB, são (i) os novos sistemas privados de pagamento, realizados por meio de moedas virtuais criadas com base em sistemas criptografados e que permitem uma auto-gestão, sem necessidade de “regulador” central; essas moedas e ativos digitais não possuem fronteiras pela lógica atual, uma vez que são apenas um conjunto de instruções eletrônicas; (ii) as operações realizadas diretamente entre investidores, sem necessidade de instituições financeiras intermediárias, utilizando-se, por vezes, de moedas e ativos digitais para pagamento; (iii) operações conhecidas como “peer to peer”, por meio das quais são realizadas operações de empréstimo diretamente entre particulares, utilizando-se das moedas digitais, mas também sendo possível por meio de transferências eletrônicas de recursos; e (iv) os fundos de ações on-line, que ao contrário do anterior, permitem a aquisição de *equity* pelos investidores, como forma de participação nesses fundos.³⁵⁵

Todas essas inovações passam por uma discussão sobre a utilização de moedas e ativos digitais, os quais, por não serem efetivas moedas de jurisdições, e também não correspondem a ativos regularmente emitidos dentro das normas do mercado financeiro e de capitais, precisarão ser analisadas para se verificar sua natureza material e tributária, a qual, por serem ativos que circulam mundialmente, precisarão ter um tratamento isonômico nas diferentes jurisdições para não se criarem novas arbitragens regulatórias e tributárias.

De todo modo, uma coisa é certa: as administrações tributárias precisarão se equipar não apenas com informações para poderem entender o mercado atual e aquele que se anuncia para os próximos anos (em sentido totalmente disruptivo), mas também precisará se equipar em termos tecnológicos, seja para fins de absorção da quantidade de informações que pode vir a ter de obter, seja para poder desenvolver mecanismos a fim de fiscalizar as operações que, quer no mundo “real” quer no mundo digital, devem se subsumir à norma tributária para fins de tributação.

³⁵⁵ <http://insights.wired.com/profiles/blogs/four-financial-innovations-that-will-drive-growth-in-2015>. Acessado em 14.12.2016.

Atualmente, a RFB já é reconhecida mundialmente por seu pioneirismo no uso da tecnologia, tendo como exemplos a recepção das declarações de Imposto de renda, o cruzamento de informações enviadas pelo contribuinte com diversas bases de dados da RFB, para verificação de inconsistências, abertura e CNPJ para não-residentes e forma automatizada junto à CVM. Hoje, em menos de um segundo, são realizadas 71 críticas, comparando informações da própria declaração com dados de outras bases como: CPF, CNPJ e Previdência.³⁵⁶

³⁵⁶ Revista Fato Gerador | 11a edição | 1o semestre de 2016], p. 14.

CONCLUSÃO

Concluídos os apontamentos, análises, ponderações e concatenações conduzidos ao longo da dissertação, é hora de se fazer um balanço das conclusões colhidas, esperando-se que elas possam auxiliar a limar dos olhos dos leitores a névoa que, como dito no início da Introdução, eventualmente impede que internalizemos a representação mais próxima possível de alguns objetos.

Conforme exposto, as operações com valores mobiliários de renda variável negociadas em bolsa ou registradas no mercado de liquidação futura de balcão organizado são sujeitas, nos termos da legislação do imposto de renda (Lei n. 8.981/95, em grande medida), à apuração do imposto de renda sobre o ganho líquido, que consiste no somatório mensal de todos os ganhos obtidos nos diferentes tipos de operações de renda variável no mercado de capitais (à vista, futuro, a termo e opções). Uma vez apuradas as bases de cálculo próprias de cada tipo de operação (por exemplo, em operações à vista, deve-se subtrair o custo médio do valor mobiliário ao valor da alienação), deve-se somar esses totalizadores (inclusive em caso de prejuízos), para se obter um ganho final, líquido, em relação ao qual incidirá a alíquota de 15%.

Excluem-se dessa sistemática as operações que, embora realizadas nesses ambientes específicos com valores mobiliários de renda variável, acabam, em decorrência da estrutura da operação, resultando em rendimentos pré-determinados. Essas operações, que, na realidade, produzem efeito de renda fixa, sujeitam-se ao imposto de renda na fonte, a ser apurado e recolhido pela instituição financeira que intermediar todas as operações estruturadas. A legislação tributária expressamente enumera algumas dessas operações — como aquelas denominadas de “box” (que consiste na operação de quatro opções, sendo duas vendidas e duas compradas, em posições opostas) e de “termo coberto” (que consiste na contratação de uma operação a termo de ações quando, na mesma data, já se adquire, no mercado à vista, a ação para entrega no futuro).

Essas são apenas algumas operações que podem ser estruturadas no mercado de renda variável, sendo compostas por várias operações mais simples, e que visam gerar efeitos diversos daqueles que inicialmente se presumiria obter com base nas operações isoladamente consideradas. E hoje, mesmo com o arsenal de obrigações acessórias de que a RFB dispõe para coletar informações dessas operações, não é possível se afirmar que os efeitos válidos

e diferenciados intentados pelos investidores serão identificados pelo órgão da administração tributária.

Isso não é bom nem ruim, a princípio. É apenas uma constatação sobre um fato preocupante em termos de fiscalização e arrecadação: podem existir estruturas de ganhos ou rendimentos no mercado de renda variável que são desconhecidos pela RFB em razão de não haver ferramentas adequadas à verificação da arrecadação e, menos ainda, para identificar se o recolhimento observou a real natureza da operação, do rendimento ou do ganho dela decorrente.

Como visto, na hipótese de serem realizadas operações no mercado de capitais que não tenham previsão legal específica para sua tributação, os seus resultados financeiros serão considerados rendimentos e tributados de acordo com o regime da retenção na fonte, sujeitos às alíquotas regressivas típicas de operações nas quais se obtenha resultados pré-determinados ou determináveis.

No entanto, haja vista a velocidade com que o mercado de capitais inova em termos de produtos e operações, atendendo aos anseios dos investidores, que se tornam cada vez mais sofisticados, por vezes são criados produtos disruptivos que não se enquadram perfeitamente nas hipóteses de incidência tributária previstas na legislação.

Em grande medida isso ocorre porque a legislação tributária, além de possuir um processo naturalmente mais moroso do que o do mercado para adaptação em razão do processo legislativo envolvido, possui bases que ainda estão voltadas para a tributação de mercados menos sofisticados, nos quais um sistema de naturezas binárias (renda fixa e renda variável) funcionaria. Demanda-se, nesse sentido, duas atitudes por parte da RFB: (i) que detenha conhecimento sobre o mercado para tentar buscar a interpretação que melhor atenda à natureza tributária dos novos produtos e valores mobiliários, observada a busca pela arrecadação; e (ii) atue perante as instâncias superiores do Judiciário, do Executivo e do Legislativo para promover as mudanças legais que entenda necessária a fim de aplicar o adequado tratamento tributário à nova operação.

Importante destacar que o presente trabalho não tem por objetivo questionar as decisões da política tributária, refletida há anos na legislação para que se tribute de tal e qual forma operações de renda fixa e operações de renda variável. O que se visou analisar foi que, havendo regras tributárias pré-estabelecidas para aplicação a essas operações, caso não houvesse decisão consciente para uma tributação diferenciada do padrão adotado para certa operação, estar-se-ia diante de uma das duas situações: (i) ou o fisco ainda não tinha tomado conhecimento sobre a existência da operação e, portanto, não poderia nem ter tido

conhecimento sobre seus efeitos danosos para poder remeter às instâncias superiores, (ii) ou o fisco não tinha como tomar conhecimento sobre a existência dessa operação diferenciada, situação que se mostra preocupante porque expõe a inexistência de ferramentas hábeis à disposição da RFB para captura da informação financeira necessária à avaliação dos efeitos tributários sobre operações no mercado de capitais.

Estes descompassos entre natureza econômica e incidência tributária geram ineficiências para o mercado de capitais, uma vez que os investidores podem não ter, ao final da operação, o resultado financeiro que era esperado inicialmente, mesmo que em operações de renda variável, tendo em vista que pode ter sido agregado um custo de transação (tributo) inesperado. E, sendo avesso a inseguranças e a assimetrias informacionais, o investidor se afasta desses mercados e/ou produtos, em detrimento do crescimento e do desenvolvimento do mercado de capitais nacional, tão caro e importante para que se tenha uma economia sólida e não exclusivamente dependente do financiamento bancário.

Para que o fisco possa avaliar os impactos que o sistema tributário impinge sobre determinadas operações do mercado de capitais, é preciso, previamente, que o fisco entenda e conheça esse mercado, seus participantes, sistemáticas, produtos e serviços, e fluxos financeiros existentes. A única solução para tanto é que a administração tributária, por meio de seu corpo técnico e do ferramental tecnológico posto à sua disposição, possa acessar informações financeiras desse mercado. Isso porque, em que pese os estudos e conhecimentos técnicos sejam relevantes, a informação financeira relativa a volumes, custos, fluxo de recursos, saldos negociados, movimentação e tantas outras informações derivadas dessas operações é que fornecerão a base de conhecimento técnico sobre cada tipo de operação dentro do mercado de capitais, identificando poças de liquidez e demonstrando como a tributação, em última instância, exerce um peso maior ou menor sobre cada operação.

Essa visão possibilitaria ao fisco, e, especificamente à RFB — uma vez que se está tratando de imposto de renda —, atender de forma plena os princípios constitucionais tributários da capacidade contributiva, da pessoalidade, da isonomia e da livre-concorrência, bem assim os princípios da administração tributária, em especial o da eficiência, seja ela funcional (relativa à adequada atuação do corpo técnico, buscando os melhores resultados com o menor custo e tempo possível), seja ela econômica ou material (relativa, esta sim, à eficiência no cumprimento dos objetivos da própria RFB, estando entre eles não apenas a arrecadação, mas também a fiscalização, o aperfeiçoamento das normas e interpretações tributárias, por iniciativa própria da RFB ou conjuntamente com as instâncias superiores do Judiciário, do Executivo e do Legislativo), e a identificação dos efeitos da carga tributária

sobre os mercados). A eficiência econômica deve levar, necessariamente, ao aprimoramento do sistema tributário brasileiro, por meio da execução e da condução das competências da administração tributária federal, nos termos do Decreto n. 63.659/1968.

Mas seria possível ao fisco acessar, livremente, as informações financeiras das operações de renda variável, à semelhança do que ocorre para os reguladores do mercado de capitais — que possuem acesso a toda a base de informações financeiras das operações cursadas em mercados que estão sob a sua competência de fiscalização e supervisão? Antes mesmo de se retomar as conclusões que foram identificadas ao longo do estudo sobre o sigilo bancário das informações financeiras, bem como de suas delimitações e limites de acesso, pode-se responder a tal pergunta negativamente, mas em termos.

Desde que se tem notícia, os clientes não têm interesse em que terceiros tenham conhecimento sobre e acesso às informações sobre as suas operações e riquezas, sendo sempre a discrição e a manutenção do segredo comercial pré-requisitos das relações com os bancos. Os séculos se passaram, e esta relação de confiança entre clientes e instituições financeiras evoluiu, passando, primeiramente, a ser o sigilo das operações um direito dos clientes resguardado pelo segredo da profissão bancária, contrapondo-se, para os bancos, a um dever de manutenção do segredo profissional.

Mais recentemente em termos da história mundial, e com o reforço, em especial depois da Segunda Guerra Mundial, à proteção dos direitos e às garantias fundamentais do ser humano, estes foram acolhidos pelas Constituições de diversos países, passando a deter *status* constitucional, da mesma forma que os deveres fundamentais (estes últimos, contudo, com menor destaque pela doutrina). Dentre estes direitos encontra-se o direito fundamental à privacidade, o qual foi previsto na Constituição Federal do Brasil em seu art. 5º, X.

A interpretação do artigo supracitado, bem como seus fundamentos ensejadores, tem levado a doutrina a entender que a Constituição busca proteger, dentre os direitos fundamentais e garantias individuais, o direito à privacidade, nele incluído o direito à intimidade, à vida privada e, em menor número na doutrina, ao sigilo de dados.³⁵⁷ Percebemos que todos esses direitos são facetas de uma mesma proteção: a da liberdade (negativa)³⁵⁸ do indivíduo.

³⁵⁷ MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais**. São Paulo. Dialética, 1ª ed., 1998, p. 64-68.

³⁵⁸ MACEDO Júnior, Ronaldo Porto. “Privacidade, Mercado e Informação”. In: NERY Junior, Nelson, e NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). **Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil: Direito à informação**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 8, 2010, p. 26-39.

A previsão constitucional deste direito fundamental, bem assim o fato de que a Lei n. 6.385/1976 (na qual estava previsto o regramento para o sigilo bancário, em seu art. 38), em razão da matéria ali tratada, foi recepcionada em 1988 como lei complementar em linha com o disposto no art. 192 da Constituição, fez com que a matéria referente ao sigilo bancário fosse alçada à competência de lei complementar. Durante a década de 1990, uma série de questionamentos foi apresentada na doutrina e perante o Poder Judiciário em relação ao acesso a informações por órgãos públicos, relativas a uma gama variada de informações, sempre sob o fundamento de que o direito à privacidade havia sido elevado a *status* constitucional e, por ser formador do princípio da proteção da dignidade humana, não poderia ser violado.

Contudo, bem caminhou a jurisprudência pátria no sentido de pacificar que os direitos fundamentais, embora protejam valores essenciais dos indivíduos, não podem ser considerados absolutos, tendo em vista que outros princípios, direitos e deveres constitucionais podem com eles, por ventura, colidir. Nesse sentido, a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, inclusive o direito à privacidade, deve verificar o interesse a que se está protegendo para o fim de ser determinada sua adoção ou, eventualmente, sua relativização.

O direito à privacidade é, de fato, o objeto da proteção jurídica constitucional, sendo o sigilo faculdade deste direito. Ou seja, o sigilo é a faculdade de proteção do indivíduo contra o fornecimento de informações e fatos relativos à sua privacidade, bem assim de impedir o acesso de terceiros a estas informações. É, em essência, uma faculdade que protege e garante um interesse particular do indivíduo em manter a esfera da sua vida privada longe dos olhos de terceiros, inclusive do Estado.

Busca-se, dessa forma, proteger a liberdade do indivíduo naquilo que lhe é íntimo e privativo, de modo a impor limites à atuação arbitrária estatal. Contudo, o direito à privacidade e à intimidade e, em âmbito mais específico, ao acesso às informações dos indivíduos, desde que sopesados os pressupostos específicos (tal como tipo de informação que se busca acessar) não podem ser considerados direitos absolutos (como acima citado), haja visto outros princípios albergados pela mesma Constituição, tal como o princípio da prevalência do interesse coletivo sobre o particular,³⁵⁹ a necessidade de manutenção do Estado e o dever fundamental de pagar tributos.

³⁵⁹ “*Algumas informações sobre situação financeira do cidadão são essenciais no julgamento de atos ilícitos, em especial na investigação de crimes contra a ordem financeira e de sonegação fiscal nos casos de tráfico*”

Nesse sentido, pondera Ronaldo Porto Macedo Júnior que

“um terceiro exemplo também mereceria reflexão. Trata-se do direito ao sigilo bancário, assunto que frequentemente tem despertado grande atenção dos estudiosos do tema da privacidade. *Frequentemente se quer eleger, ao menos no Brasil, o tema do sigilo dos rendimentos ao status de direito humano fundamental, garantido pelas cláusulas pétreas da Constituição Federal. Caberia indagar, no entanto, por que motivo este direito deve prevalecer sobre o interesse da sociedade em evitar evasão de recursos ou fraudes fiscais.* Argumentos de ordem econômica certamente podem ser invocados em favor do respeito da privacidade e do segredo como elementos de estímulo ao bom funcionamento do mercado. *Seria equivocado, contudo, imaginar que a garantia de um tal direito repousa exclusivamente sobre um princípio geral de direito fundado na liberdade.*”³⁶⁰ (grifos nossos)

A vida privada do indivíduo (aqui considerado tanto as pessoas físicas quanto as jurídicas) pode ser agrupada em círculos concêntricos relativos às informações privadas que são (e não são) efetivamente íntimas. Por este raciocínio, as informações e fatos contidos no círculo mais interno correspondem à efetiva intimidade do indivíduo, não sendo passível de acesso por terceiros, nem pelo Estado. De outro modo, os demais círculos não são absolutos em termos de vedação de acesso, e admitem a intromissão de terceiros, desde que haja interesses fundamentados para tanto. As informações de cunho econômico-patrimonial, embora possam ter a potencialidade de informar questões íntimas dos indivíduos, não deveriam estar contidas em seu núcleo de intimidade, uma vez que se referem a eventos que, obrigatoriamente, interessam ao Estado em uma série de situações, como os controles realizados pelos reguladores do mercado de capitais.

Delimita-se, com isso, até que ponto o sigilo pode ser relativizado e impõe-se, como premissa para o acesso de terceiros às informações que não integram o núcleo da intimidade do indivíduo, a relevância e pertinência de seus interesses, sendo estes particulares ou vinculados ao Estado. Não haveria de se falar, portanto, quando existente um interesse legítimo e cumpridas as condições e requisitos que o identificam como tal, em “quebra” de

de entorpecentes e de desvio de recursos públicos. Há, assim, um interesse social superior ao individual que deve prevalecer, quando houver conflito entre o segredo e a necessidade da transparência das operações financeiras, retirando o caráter absoluto do direito ao sigilo bancário. Aqui está o ponto fulcral do presente estudo, que busca, a partir dos fundamentos e do estudo do sistema jurídico nacional e comparado, delinear o limite do interesse coletivo capaz de afastar o segredo nas movimentações financeiras, sem violação dos direitos fundamentais, tutelados pela Constituição Federal.” WALD, Arnoldo. “Sigilo Bancário e os Direitos Fundamentais”. In: WALD, Arnoldo (org.). **Doutrinas Essenciais: Direito Empresarial: Direito Bancário**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 7, 2011, p. 838.

³⁶⁰ MACEDO Júnior, Ronaldo Porto. Op. Cit., p. 34-35.

sigilo, mas apenas em acesso permitido. Em especial quando, em contraposição a um direito fundamental de privacidade, coloca-se um dever fundamental, como o de pagar tributo.

Em razão das necessidades crescentes de se ter uma lei complementar que estabelecesse a regra quadro (com requisitos, limites e procedimentos) para o acesso de terceiros a informações, agora sim, especificamente financeiras (relativas a operações ativas e passivas com as instituições financeiras e a serviços financeiros por elas prestados), foi editada e promulgada, em 10 de janeiro de 2001, a Lei Complementar n. 105 (“LC 105”). A regra geral permanece sendo o sigilo bancário sobre tais informações, mas se estabelece de forma mais detalhada as hipóteses de exceção.

Na LC 105 o legislador define as instituições financeiras que são assim consideradas para o fim dessa lei, além de definir as hipóteses, requisitos e procedimentos que autorizariam alguns órgãos públicos, além das CPIs, a terem acesso a informações financeiras (ou bancárias) diretamente junto às instituições financeiras, e define como crime a “quebra” de sigilo bancário.

Relativamente ao acesso de informações financeiras pelas administrações tributárias, a LC 105 estabeleceu dois procedimentos: (i) um previsto no art. 5º, que se refere ao que foi denominado officiosamente como “acesso sistêmico”, consistindo na prestação contínua de informações cadastrais e de montantes globais movimentados, por tipo de operação ou aplicação (conforme Decreto n. 4.489, de 28 de novembro de 2002), pelas instituições financeiras à RFB; e (ii) um segundo previsto no art. 6º, que se refere à prestação pontual de informações financeiras pelas instituições financeiras a administrações tributárias, desde que cumpridos os requisitos contidos na LC 105 e no Decreto n. 3.724, de 10 de janeiro de 2001, ou seja, *“quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente”*, sendo previsto procedimento específico para solicitação dessas informações, por meio de Termo de Distribuição do Procedimento Fiscal - TDPF instaurado e Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF). Tais informações devem ser mantidas em sigilo pelos agentes do órgão da administração tributária, sigilo este decorrente do exercício de sua atividade (o denominado “sigilo fiscal”).

Em fevereiro de 2016 o STF pacificou entendimento sobre outra discussão existente em relação ao sigilo bancário no Brasil: a inexistência de reserva de jurisdição para fins de acesso a informações financeiras sujeitas ao sigilo bancário, nos termos do julgamento conjunto realizado do RE 601.314/SP (este com repercussão geral), relatado pelo Min. Edson Fachin, e das quatro ações diretas de inconstitucionalidade (ADI 2390/DF; ADI 2859/DF;

ADI 2386/DF; ADI 2397/DF), todas apensadas, por conexão, para julgamento comum, tendo como relator o Min. Dias Toffoli. As ações discutiam, em síntese, a inconstitucionalidade dos arts. 5º e 6º da LC 105, bem assim seus decretos, e o STF faz valer a tese segundo a qual ocorre transferência do dever de sigilo quando as instituições financeiras fornecem às administrações tributárias informações financeiras sujeitas ao sigilo bancário.

Como principais argumentos para a declaração de constitucionalidade dos citados dispositivos, os ministros do STF destacaram, além do fato de o direito ao sigilo não ser absoluto, que (i) a prática prevista na LC 105/2001 é comum em vários países e a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos questionados seria um retrocesso diante dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil para combater ilícitos como a lavagem de dinheiro e evasão de divisas e para coibir práticas de organizações criminosas; (ii) a LC 105/2001 não viola a CF/88, uma vez que o legislador não estabeleceu requisitos objetivos para requisição de informação pela administração tributária às instituições financeiras e exigiu que, quando essas informações chegassem ao Fisco, ali se mantivesse o dever de sigilo; não há ofensa à intimidade ou a qualquer outro direito fundamental, pois a LC 105/2001 não permite a “quebra de sigilo bancário”, mas sim a transferência desse sigilo dos bancos ao Fisco; e (iii) o art. 6º da LC 105/2001 é taxativo e razoável ao facultar o exame de documentos, livros e registros de instituições financeiras somente se houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

É interessante notar, uma vez superadas as discussões havidas desde o final dos anos 1980 sobre a possibilidade de acesso pelas instituições financeiras às informações financeiras sujeitas ao sigilo bancário, que todas as principais discussões existentes no Poder Judiciário sobre o tema do sigilo bancário versavam sobre a possibilidade de acesso pela administração tributária às informações financeiras por ele resguardadas, na tentativa de se evitar que o fisco, ao acessar tais informações, pudesse promover procedimentos de cobrança de tributos.

Podem-se tirar algumas conclusões desta hipótese. A primeira delas é que a discussão da oposição do sigilo bancário ao fisco parece ter sido superada, tendo sido declarada a constitucionalidade dos arts. 5º e 6º da LC 105 e de seus decretos, para fins de ser entendido que, observados os requisitos e procedimentos legais previstos, ocorre a transferência do dever de sigilo das instituições financeiras para o fisco, não havendo reserva de jurisdição.

A segunda conclusão é que o que se buscava, de fato, ao opor sigilo bancário ao fisco, era evitar a realização de procedimentos de fiscalização nos contribuintes, o que, por si só,

não poderia ser considerado um argumento, uma vez que (i) cumprir com as obrigações tributárias principais e acessórias é um dever dos contribuintes, sendo a fiscalização competência inata aos órgãos da administração tributária para fazer cumprir a norma, e (ii) eventual alegação no sentido de que o fisco poderia ser mais rígido em fiscalizações não se sustenta, tendo em vista estar o fisco sujeito aos princípios e deveres da Administração Pública, sendo seus atos vinculados (isso não quer dizer que não haja excessos por parte do fisco em fiscalizações, mas os princípios e a letra da lei protegem o contribuinte).

A terceira conclusão é que os procedimentos de fiscalização conduzidos pela RFB, em âmbito federal, seja por meio de coletas contínuas de informação (acesso sistêmico), nos termos do art. 5º, seja por meio de solicitações pontuais de informação, nos termos do art. 6º, ambos da LC 105, permitem ao fisco coletar uma série de informações (muito mais precisas no segundo procedimento, mas muito abrangentes no primeiro), que lhe dão a possibilidade de promover cruzamentos com informações detidas em razão de declaração direta do contribuinte, mas não são suficientes para verificar a regularidade de bases de cálculo como a dos ganhos líquidos em operações de renda variável em bolsa ou de liquidação futura em balcão organizado.

E, como quarta conclusão, percebe-se que o fundamento sempre utilizado para o acesso (e o combate a ele) pelo fisco às informações financeiras sujeitas a sigilo bancário é, exclusivamente, a arrecadação e sua manutenção ou majoração. Contudo, caso seja adotada esta premissa, apear-se-ia a atividade da administração tributária, pelo menos a da União, objeto de análise deste trabalho, uma vez que, nos termos das alíneas do art. 3º do Decreto n. 63.659, de 20 de novembro de 1968, existem várias outras e relevantes competências da RFB, não se limitando esta à atividade de arrecadação, em que pese esta seja, ao fim e ao cabo, um de seus grandes objetivos.

Em razão de suas competências institucionais — as quais devem, pelos princípios da Administração Pública, ser observadas em sua integralidade —, a RFB deve (i) propor medidas de aperfeiçoamento e regulamentação do Código Tributário Nacional, e outras de política fiscal e tributária que devam ser submetidas à consideração superior (alínea “b”); (ii) interpretar a legislação fiscal relacionada com suas atribuições, baixando ato normativo (alínea “d”); e (iii) estudar os efeitos da política tributária no complexo industrial e no comércio interno e externo do país (alínea “f”)

Com isto em mente, deve-se retornar à análise da tributação das operações de renda variável no mercado de capitais para concluir que a RFB, pela legislação em vigor, e para atender às suas competências institucionais, deveria buscar informações junto ao mercado

de capitais e seus participantes não apenas para fins de arrecadação, mas também para fins de “*estudar os efeitos da política tributária*” sobre as operações de renda variável com valores mobiliários em bolsa e liquidação futura em balcão organizado, de modo a, com base no resultado desses estudos, promover a verificação das interpretações conduzidas em âmbito regulamentar da própria RFB sobre a tributação dos ganhos de tais operações e, eventualmente, “*propor medidas de aperfeiçoamento*” e regulamentação às instâncias superiores, em relação ao CTN e à legislação e às políticas tributárias.

Atuando desta forma, a RFB poderá compreender melhor a dinâmica do mercado, seu funcionamento e fluxos financeiros, não se restringindo a fiscalizar as operações do mercado de capitais e, com base em uma legislação eventualmente simplista demais para a realidade que lhe apresenta, tributá-la sob uma ótica formalista, perpetuando no tempo uma carga tributária que pode não se coadunar com a efetiva natureza tributária do resultado que a RFB, nos dias atuais, acaba por visualizar por meio da parca quantidade de informações hoje colocada à sua disposição.³⁶¹

As competências acima mencionadas somente se aperfeiçoarão com a possibilidade de acesso da RFB a informações das operações de renda variável, do mercado de capitais, de seus participantes e dos fluxos financeiros, que resultará em conhecimento para a RFB e seus servidores. E isso pode se dar, desde já, por meio da utilização das informações enviadas pelas instituições financeiras à RFB continuamente, por meio de informes e obrigações acessórias, tendo em vista que o art. 5º, § 4º, da LC 105, não limita o uso daquela informação às fiscalizações para identificação de “*indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal*”, sendo possível que a RFB a utilize para outras de suas competências, tendo em vista que o sigilo bancário já foi transferido das instituições financeiras para a RFB, tornando-se sigilo fiscal.

As informações prestadas hoje ao fisco, diretamente ou por meio das instituições financeiras, servem em grande medida à identificação da regularidade do cumprimento das obrigações tributárias ou de indícios que apontam para a existência de irregularidades, as quais serão atacadas de acordo com os procedimentos de fiscalização pertinentes. As informações capturadas junto às instituições financeiras servem para fins de cruzamento de dados e identificação das referidas irregularidades, mas pouco acrescem ao fisco em termos de conhecimento sobre os mercados financeiro e de capitais e seu funcionamento, uma vez

³⁶¹ ANDRADE, José Maria Arruda de. Interpretação e Aplicação da Lei Tributária: da Consideração Econômica da Norma Tributária à Análise Econômica do Direito. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Interpretação e Aplicação da Lei Tributária**. São Paulo: Dialética, 2010, p. 204.

que se restringem basicamente a somatórios estanques de valores de operações e aplicações divididas em alguns mercados.

Para que possa melhor e de forma mais eficiente cumprir com suas competências de análise de efeitos da carga tributária sobre o mercado e de promoção de ajustes na legislação e política tributárias (podendo atuar desde pronto naquelas normas regulamentares e nas interpretações fornecidas), a RFB deveria ter acesso a uma base de informações mais abrangente. Estas informações não precisariam ser individualizadas, uma vez que o enfoque da atuação não seria, pelo menos a princípio, arrecadar, mas sim buscar o aperfeiçoamento do sistema tributário. Nesse sentido, poder-se-ia tanto (i) desenvolver a tributação na fonte das operações de renda variável no mercado de capitais, desde que se assumissem determinadas premissas que tornariam possível uma apuração de base de cálculo adequada pelos responsáveis (seguindo a informação os caminhos hoje já existentes, mas podendo ser proposta alteração no art. 3º, VI, do Decreto n. 4.489/2002, para aumentar o número de tipos de operações nas alíneas ali contidas), como também (ii) instituir, com base em premissas que enfoquem o tipo de informação que cada instituição financeira participante do mercado detém em suas bases, relatórios de informações consolidadas sobre os mercados, trazendo volumes, quantidade de operações e valores mobiliários negociados ou registrados, bem assim outras informações que sejam necessárias ao entendimento e conhecimento dos mercados e suas dinâmicas.

Para que o fisco possa promover a totalidade de suas competências, dentre elas auxiliar na criação da norma tributária, bem assim tornar tanto sua atuação como entidade como as normas sob as quais deve atuar e aquelas que edita (regulamentares) mais eficientes, fundamental que sejam criados novos formatos para prestação de informação ao fisco, não apenas em nível individual dos contribuintes, mas também em âmbito consolidado pelas instituições financeiras que detêm informações do mercado e podem consolidá-la com melhor inteligência, com vistas a fornecer ao fisco informações que, sem identificar os contribuintes, demonstrem crescimento ou redução do mercado, as formas como eles se integram e interagem, seus vasos comunicantes, para, ao fim, o fisco poder não só buscar a arrecadação (sempre o fim primeiro da administração tributária), mas também identificar, eventualmente, como o tributo pode estar sufocando e cerceando o crescimento de determinados mercados, podendo sugerir ajustes na carga tributária ali existente (com base nos princípios constitucionais tributários e nos “direcionadores” do imposto de renda, como o seu caráter pessoal e a capacidade contributiva).

Com isso, a RFB estará exercendo suas competências em sua completude, de forma eficiente e com resultados eficientes, uma vez que, servindo as informações como base para a melhoria do sistema tributário, e sendo promovidas as alterações que passarão a ser identificadas como necessárias, tornar-se-á mais transparente a forma de aplicação da norma à realidade fática, bem como os efeitos que a norma tributária gerará sobre as operações, reduzindo a insegurança sobre a interpretação da norma tributária em relação a um mercado tão sensível a assimetrias informacionais e a oscilações repentinas de comportamento.

REFERÊNCIAS

ABRAÃO, Nelson. Direito Bancário. 7ª ed. (revista, atualizada e ampliada por Carlos Henrique Abraão). São Paulo: Saraiva, 2001.

AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ANDRADE, José Maria Arruda de. Interpretação e Aplicação da Lei Tributária: da Consideração Econômica da Norma Tributária à Análise Econômica do Direito. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). Interpretação e Aplicação da Lei Tributária. São Paulo: Dialética, 2010.

BALEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 9ª Edição. Rio de Janeiro, Forense, 1977.

BALTAZAR Júnior, José Paulo. “Considerações sobre o Sigilo Bancário”. Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 36.

BARBEITAS, André Terrigno. O sigilo bancário e a necessidade de ponderação dos interesses. São Paulo, Malheiros, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais. Brasília, Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 5. Ed. São Paulo, Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. Sigilo Bancário. Parecer, in Estudos e Pareceres: Direito Público. São Paulo: RT, 1993

BELLOQUE, Juliana Garcia. Sigilo Bancário. Análise crítica da LC 105/2001. São Paulo: RT, 2003.

BIFANO, Elidie Palma. O mercado financeiro e o imposto sobre a renda. 2ª. ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 7ª Edição. São Paulo, Malheiros, 2004.

BRADLEY, Vincent. Four Financial Innovations That Will Drive Growth in 2015. Disponível em: <http://insights.wired.com/profiles/blogs/four-financial-innovations-that-will-drive-growth-in-2015>. Acessado em 14.12.2016.

BRUE, Stanley. História do pensamento econômico. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.

CAMBI, Eduardo; POMPÍLIO, Gustavo. Sigilo bancário: A visão do STF sobre o acesso direto pelo fisco sem autorização judicial. Revista da AJURIS, v. 41, n. 135, 2014.

CAMPOS, Gabriel Gealh de. Violação dos direitos e garantias individuais do contribuinte na atividade fiscalizadora da administração tributária. Revista de Direito Público, Londrina, v. 4, n. 1, p. 219-235, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 27ª. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. Sigilo bancário — à luz da doutrina e da jurisprudência. Curitiba, Juruá, 2007.

CASTRO, Aldemario Araujo. A constitucionalidade da transferência do sigilo bancário para o fisco preconizada pela lei complementar n. 105/2001. Jus Navigandi, Teresina, n. 51, 2001.

CAVALCANTE, Denise Lucena. Sigilo bancário e o devido processo legal. Revista da AGU, Brasília, Edição Especial, 2002.

CENEVIVA, Walter. Segredos Profissionais. São Paulo: Malheiros, 1964.

COOFFEE JR., John C. The Acquiescent Gatekeeper: Reputational Intermediaries, Auditor Independence and the Governance of Accounting, Columbia Law School, The Center for Law and Economics Studies, Working Paper No. 191, May 21, 2001. Disponível em: http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=270944. Acesso em: 17.05.2016.

COSTA Júnior, Paulo José da. O Direito de Estar Só. A tutela penal do direito à intimidade. 3ª. ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.

COSTA, Alcides Jorge. “Conceito de Renda Tributável”. In MARTINS, Ives G. S. (coord.). Estudos sobre o Imposto de Renda (em memória de Henry Tilbery). São Paulo: Resenha Tributária. 1994.

COVELLO, Sérgio Carlos. O sigilo bancário: com particular enfoque na sua tutela civil”. 2ª Ed. São Paulo, Leud, 2001.

COVELLO, Sérgio Carlos. “O Sigilo Bancário como Proteção à Intimidade”. Revista dos Tribunais nº 648. RT, outubro 1989.

COVELLO, Sérgio Carlos. O Sigilo Bancário como Proteção à Intimidade. Dissertação de Doutorado em Direito Comercial apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1989.

CRETELLA JR. Comentários à Constituição de 1988, 3ª Edição, v. I.

CRUZ, Edineide Pinto da. Constitucionalidade da transferência de informações bancárias para a Receita Federal preconizada na lei complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. 2012. 81 f. Monografia (Graduação) - Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2012.

DELGADO, José Augusto. O Sigilo Bancário no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem. São Paulo, n. 13, p. 13-51, jan./mar. 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 4ª Edição. São Paulo, Saraiva, 2012.

FARIA, Wilson Rodrigues de, e ROCHA, Alessandra M. Gonsales. “O Combate Internacional à Evasão Fiscal – Como FATCA pode afetar as instituições financeiras brasileiras.”. In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 16, nº 59, março, 2013, p. 383-392.

FATF/GAFI. Relatório de Avaliação Mútua - Prevenção à Lavagem de Dinheiro e Combate ao Financiamento do Terrorismo – República Federativa do Brasil - FATF/GAFI, de 25/06/2010, p. 07: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/Sumario%20Executivo%20Brasil%202010.pdf>

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 5ª Edição. Salvador, Jus-Podivm, 2013.

FERRAZ Júnior, Tércio Sampaio Ferraz. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 88, 1993.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. São Paulo, Atlas, 1988.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: O Direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado, in Cadernos de Direito Tributário e Finança Públicas, 1/141, 1992

FERRER, Maria José Guillén. El secreto Bancario y sus limites legales. Valência: Tirant lo blanch, 1997.

FORTUNA, Eduardo. Mercado Financeiro: produtos e serviços. 19ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Qualitymark Editora, 2013.

FRATTINI, Luciana Marques dos Reis. Ao Ministério Público da união e à Receita Federal brasileira, tudo? uma análise crítica à lei complementar 105 de 2001 como possível meio de coibir o crime de Sonegação Fiscal. Biblioteca Digital Fundação Getúlio Vargas. Direito Rio - Trabalhos de Conclusão de Curso da Graduação, 2015-06.

FREGADOLLI, Luciana. O Direito à intimidade. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 19.

GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. O princípio do não-confisco no direito tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GOLDSCHMIDT, Fabio Brun; VELOSO, Andrei Pitten. Princípio da eficiência em matéria tributária. In MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Princípio da eficiência em matéria tributária. Pesquisas tributárias. Nova série, n. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, Noel. Segredo bancário e direito fiscal. Coimbra: Almedina, 2006, p. 26-27.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 9ª ed., 2004.

GRECO, Marco Aurélio. Sigilo das operações de instituições financeiras. Parecer no Processo IASP 01/279. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, n. 9, jan-jun/2002.

HAGSTROM, Carlos Alberto. Comentários à Lei do Sigilo Bancário. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editora, 2009.

ICHIHARA, Yoshiaki. Princípio da eficiência em matéria tributária. In MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Princípio da eficiência em matéria tributária. Pesquisas tributárias. Nova série, n. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LENZA, PEDRO. Direito Constitucional Esquematizado. 19. Ed. São Paulo, Saraiva, 2015.

LIMA, Carlos Henrique Falcão de. As trocas de informação fiscais entre Estados estrangeiros na prevenção e combate à lavagem de dinheiro. 2011. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2011

LIMA, Emanuel Marcos; REZENDE, Amaury José. Um estudo sobre a evolução da carga tributária no Brasil: uma análise a partir da Curva de Laffer. Disponível em: http://www.anpad.org.br/evento.php?acao=subsecao&cod_edicao_subsecao=167&cod_evento_edicao=21&interna=true#enapg.

LIMBERTO, Andrea; BARBOSA, Sílvio Henrique Vieira. Informação X intimidade: o direito à proteção da própria imagem. Disponível em: <<http://portalintercom.org.br/anais/nacional2015/resumos/R10-2543-1.pdf>>.

MACEDO Júnior, Ronaldo Porto. “Privacidade, Mercado e Informação”. In: NERY Junior, Nelson, e NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil: Direito à informação. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 8, 2010, p. 26-39.

MACEDO, Amilcar Fagundes Freitas. Sigilo - bancário e fiscal, Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 62, nov. 2008 – abr. 2009,

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 4ª Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1987.

MAEBAYASHI, Auro Kazuto. Transferência de informações submetidas ao sigilo bancário. PUC-RS, 2008.

MARINS, James. Direito Processual Tributário Brasileiro. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Inconstitucionalidades da Lei Complementar 105/2001. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, n. 11, 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Tratado de direito financeiro. Vol. 2 / Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Mendes e Carlos Valder do Nascimento. — São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS, Ives Gandra Da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Sigilo bancário, Direito de autodeterminação sobre informações e princípio da proporcionalidade, in Repertório IOB de Jurisprudência, 2ª quinzena de dezembro de 1992

MATTOS FILHO, Ary Oswaldo. Os ganhos de capital como elemento tributável. Revista de Administração de Empresas. Vol. 14, nº 1. São Paulo, Jan./Feb. 1974.

MEIRELLES, Hely Lopes et al. Direito administrativo brasileiro. 39ª ed., atualizada até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO FILHO, José Celso de. Constituição Federal Anotada. 2ª Ed. ampl. São Paulo, Saraiva, 1986.

MENDES, Emerson Soares. O sigilo bancário e a recente posição do STF. Revista de Direito Empresarial, vol. 6/2014, p. 133 – 151, Editora Revista dos Tribunais, nov./dez. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo, Saraiva, 2012.

MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969. Tomo V. 3. ed. Rio: Forense, 1987.

MIRANDA, Pontes de. Democracia, Liberdade, Igualdade [Os três caminhos]. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, Tomo VII.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. 3ª Ed. São Paulo, Atlas, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual (sexta série). São Paulo, Saraiva, 1997.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais*. São Paulo. Dialética, 1ª ed., 1998.

NIGRI, Tânia. Sigilo bancário: direito à intimidade e à vida privada? Acessível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI13140,31047-Sigilo+bancario+direito+a+intimidade+e+a+vida+privada>,

OCDE Annual Report of the Global Forum: Tax Transparency 2013: Report on Progress” Disponível em <http://www.oecd.org/tax/transparency/GFannualreport2013.pdf>.

OCDE. “*The Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purpose*”. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/transparency/abouttheglobalforum.htm>. Acessado em 09 de outubro de 2016.

OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project 2015 final reports. Executive Summary. Disponível em <https://www.oecd.org/ctp/beps-reports-2015-executive-summaries.pdf>. Acessado em 14.12.2016.

PAULA, Ideval Inácio de. O sigilo bancário sob o aspecto constitucional: direito e garantias individuais —limitação ao direito individual, jun. 2000.

PILATTI, Érico Rodrigues. Notas sobre a incidência do imposto de renda em operações com contratos futuros realizadas pro nacionais no exterior e a importância do conceito de “ajuste diário”. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (Org.). *O direito tributário e o mercado financeiro e de capitais*. 2º vol. São Paulo: Dialética, 2010.

PILATTI, Érico Rodrigues. *Problemática do Conceito de Entidades Assemelhadas*. 2012. Tese de conclusão de curso (Direito Tributário) – INSPER, São Paulo, 2014.

PINHEIRO, Armando Castelar; Saddi, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PRODANOFF, Cristina Rodrigues Leitão. *Sigilo Bancário*. Monografia Final de Especialização em Direito Processual Tributário. Universidade De Brasília –Escola De Administração Fazendária, Rio de Janeiro, 2008.

QUIROGA, Roberto. PICONEZ, Matheus Bertholo. *Tratamento tributário dos instrumentos financeiros híbridos. Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e distanciamentos)*. Dialética: São Paulo, 2011.

REALE, Miguel. *1º Ciclo de Estudos de Direito Econômico*.

RODRIGUES, Alberto Carlos de Aguiar. A inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário pelas autoridades tributárias no âmbito do processo administrativo fiscal sem autorização do Poder Judiciário. Monografia Final de Especialização em Direito Tributário. Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2016.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. O acesso direto aos dados bancários por parte do fisco: a transferência do sigilo bancário para o sigilo fiscal. Revista Fórum de Direito Tributário, Belo Horizonte, v. 2, n. 11, set. 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/42151>>. Acesso em: 03 out. 2016.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Sigilo Bancário E A Administração Tributária No Brasil. Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília: Escola de Direito, v. 7, n. 2, p. 174-268, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 11ª Edição. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 4a Ed. ampl. São Paulo, Saraiva, 2015.

SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Normas tributárias indutoras e intervenção econômica. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, Edson Ferreira da. Direito à Intimidade. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25a Edição. São Paulo, Malheiros, 2005.

SILVA, Paulo Roberto Almeida e. Evolução jurisprudencial pelo STF e a quebra de sigilo bancário pelos Órgãos Tributários. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 25 maio 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55969&seo=1>>. Acesso em: 07 dez. 2016.

SOUSA, Rubens Gomes de. Pareceres 1: Imposto de Renda. Coordenação: IBET, Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Ed. póstuma. São Paulo: Ed. Resenha Tributária, 1975.

SOUZA, Hamilton Dias de. Sigilo bancário e direito à liberdade. Revista Tributária e Finanças Públicas. v. 30. Jan. 2000.

SOUZA, Mayara Mariano Alves de. O acesso direto pela administração tributária aos dados bancários do contribuinte como instrumento de realização da justiça fiscal. 2015. 64 f. Monografia (Bacharelado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). Tributação nos Mercados Financeiro e de Capitais e na Previdência Privada. São Paulo, Quartier Latin, 1ª ed., 2005.

VITAL, João Maurício. História da Administração Tributária e Aduaneira no Brasil: de 1500 à Receita Federal. In Revista de estudos tributários e aduaneiros da Receita Federal. Ano 1. nº 1 (ago./dez 2014). Brasília-DF: Secretaria da Receita Federal do Brasil, 2014.

WALD, Arnold. O sigilo bancário no projeto de lei complementar de reforma do sistema financeiros e na lei complementar n. 70, in Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas 1/196, 1992

WALD, Arnoldo. “Sigilo Bancário e os Direitos Fundamentais”. In: WALD, Arnoldo (org.). Doutrinas Essenciais: Direito Empresarial: Direito Bancário. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 7, 2011, p. 838.

WALD, Arnoldo. O sigilo bancário no Projeto de Lei Complementar de reforma do sistema financeiro e na Lei Complementar nº 70. Separada da Revista de Informação Legislativa, nº 116, out-dez;1992.

WALD, Arnoldo. Sigilo bancário e direitos fundamentais. Revista Tributária e Finanças Públicas. v. 7. Jan. 1988

WALD, Arnoldo; HAGSTROM, Carlos Alberto. A defesa da concorrência e o Sistema Financeiro: a indivisibilidade do poder monetário. In Direito Concorrencial.

YAZBEK, Otavio. Crise, inovação e regulação no mercado financeiro – considerações sobre a regulamentação do mercado de derivativos de balcão, disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1041837/mod_resource/content/1/YAZBEK%20-%20Derivativos%20balcao%20-%202011.pdf. Acessado em 15.12.2016.

YAZBEK, Otavio. Regulação do mercado financeiro e de capitais. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.