

3/1324

SIGILO BANCÁRIO, DIREITO DE AUTODETERMINAÇÃO SOBRE INFORMAÇÕES E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS*
GILMAR FERREIRA MENDES**

1
5744

É intensa a discussão sobre o significado, a dimensão e a amplitude do sigilo bancário, sobretudo após o advento da Constituição de 1988, que consagrou, no art. 5º, inciso X, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, e no inciso XII, do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas.

A despeito de disposições tão claras, têm-se verificado certa liberalidade na requisição ou no fornecimento de informações cobertas pelo sigilo bancário. A CPI que investiga as atividades do empresário PC Farias tem, mediante singelo requerimento, recebido do Banco Central milhares de documentos, que, embora devam continuar gravados com a cláusula de sigilo (Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, art. 38, §§ 3º e 4º) passam, no momento seguinte, a ser de conhecimento público. O mesmo vem-se verificando com a CPI da VASP. À evidência, não se pretende, neste artigo, entrar no mérito das investigações, mas apenas examinar aspectos jurídicos de relevância pertinentes à ação parlamentar.

Não há dúvida de que as informações pessoais encontram-se inseridas, hodiernamente, aqui e alhures, no âmbito da proteção dos direitos fundamentais. Tanto é assim que a Corte constitucional alemã reconheceu, com fulcro na Lei Fundamental daquele país, a existência de um *direito fundamental a autodeterminação sobre as informações de caráter pessoal* (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*) (Decisão sobre a legitimidade do recenseamento, de 19.12.1983, *in*: Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen, vol. 65, p. 1 (42)). Esse direito, que deriva do próprio princípio de autodeterminação, expressa a idéia de que cabe, fundamentalmente, a cada indivíduo decidir quando e em que medida informações de índole pessoal podem ser fornecidas ou utilizadas por terceiros.

Tal como o direito à intimidade e à privacidade, no Brasil o direito à autodeterminação sobre informações não configura direito ilimitado ou absoluto. A

própria Corte Constitucional alemã encarregou-se de enfatizar, na decisão referida, que o domínio do indivíduo sobre "suas" informações encontra limites no próprio contexto social. Vê-se, pois, que o controle sobre informações enquanto expressão de uma dada realidade social, não está submetido exclusivamente ao arbítrio do indivíduo. Essa orientação da Corte traduz a idéia de que a tensão indivíduo-comunidade há de ser solvida em favor da integração e vinculação da pessoa à comunidade (*Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person*). Portanto, o direito de autodeterminação sobre informações comporta limitações determinadas pelo interesse geral.

Ressalte-se, porém, que também essas limitações não de ser - sem trocadilho - limitadas. É que as restrições aos direitos fundamentais devem mostrar-se compatíveis com o princípio da proporcionalidade - *Verhältnismässigkeitsprinzip* - ou da razoabilidade. Do contrário, esvaziar-se-ia por completo o núcleo essencial (*Wesensgehalt*) do direito fundamental.

A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a 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. Essa orientação, que permitiu converter o *princípio da reserva legal* (*Gesetzesvorbehalt*) no *princípio da reserva legal proporcional* (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também, *adequação* (*Geeignetheit*) desses meios para a consecução dos objetivos pretendidos e a necessidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) de sua utilização. Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida restritiva há de resultar da rigorosa *ponderação* entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (*proporcionalidade em sentido estrito*).

O pressuposto da adequação exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O requisito da necessidade ou da exigibilidade significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz para a consecução de tais objetivos.

Em relação, ainda, ao direito de autodeterminação sobre informações houve por bem a Corte Constitucional alemã asseverar que não se afigura suficiente a observância estrita do princípio da proporcionalidade. Faz-se mister que o legislador fixe, de forma precisa, as regras de organização e processo (procedimento) necessárias para que as informações obtidas para determinada finalidade não venham a ser utilizadas com propósitos diversos. Esse chamado *direito à organização e ao processo* (*Recht auf Organisation und Verfahren*) tem por escopo assegurar a concretização dos direitos fundamentais mediante a estruturação de unidades organizatórias internas, a edição do complexo de atos necessários e sua execução pelos órgãos públicos competentes (Cf., sobre o assunto, dentre outros, Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1988, p. 144). Não foi por outra razão que a Corte Constitucional alemã considerou insuficientes as normas procedimentais constantes da Lei sobre Recenseamento, de 1982, determinando, por isso, que o legislador aprovasse as disposições supletivas reclamadas para proteção dos valores constitucionais relacionados com a autodeterminação sobre informações.

O princípio da proporcionalidade acima referido tem plena aplicação entre nós. O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de assinalar que não basta a existência de lei para que se considere legítima determinada restrição a direito. Tal restrição deve "atender ao critério da razoabilidade", cabendo ao Poder Judiciário, em última instância, "apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não" (Cf. Representação nº 930, Relator Ministro Rodrigues Alckmin, transcrita in: RTJ 110, p. 967; Representação nº 1.054, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 110, p. 967; Representação nº 1.077, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ 112, p. 34).

A par do que podemos chamar "juízo abstrato sobre a proporcionalidade ou a razoabilidade", tal como explicitado acima, identifica-se, também no país, a necessidade de um juízo concreto quanto à proporcionalidade, que se há de fazer quando da aplicação singularizada da norma. É que, muitas vezes, não se afigura suficiente a afirmação quanto à razoabilidade genérica da decisão legislativa, tornando-se imperioso que a autoridade encarregada de aplicar o direito ao caso concreto proceda à aferição da razoabilidade *in concreto* (Cf., sobre o assunto, entre nós, ADIN nº 223, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça de 29.06.90).

Embora a doutrina pátria não tenha conferido, por ora, maior significado ao chamado direito à organização e ao processo, é certo que o constituinte de 1988 contemplou aspecto relevantíssimo dessa categoria, no art. 5º, LV, consagrando como valor constitu-

cional o princípio da ampla defesa nos processos judiciais e administrativos.

As considerações acima expendidas demonstram que o tratamento que se vem emprestando aos direitos da intimidade, mais precisamente ao direito constitucional ao sigilo bancário, entre nós, com base numa legislação pré-constitucional que sequer contemplou esses valores como direitos fundamentais - e nem poderia, obviamente, fazê-lo - configura uma canhestra realização da vontade constitucional. Ainda que se pretenda argumentar que a aplicação do direito pré-constitucional na espécie era inevitável - até porque não se suspende o curso da vida -, parece evidente que a falta de maior reflexão sobre o significado do sigilo bancário na nova moldura constitucional levou a uma manifesta desconsideração desse valor enquanto direito fundamental por parte das autoridades que requisitaram ou forneceram documentos sem observância das cautelas recomendadas pelo texto constitucional.

Assinale-se, de início, que, em face dos termos peremptórios em que se encontra vazado o art. 5º, LV, da Constituição, é difícil admitir que a requisição dos documentos gravados com cláusula de sigilo possa fazer-se sem a devida notificação do interessado ou atingido. Assim, para que seja aplicável na nova ordem constitucional, a disposição constante do art. 38, §§ 3º e 4º, da Lei nº 4.595, de 1964, há de ser, necessária e inevitavelmente, atualizada à luz dos novos princípios constitucionais.

Parece intuitivo, também, que a decisão sobre a requisição de documento coberto pelo sigilo bancário há de ser singular, individualizada, devendo conter, necessária e precisamentê, as razões que a fundamentaram. É que a concretização do princípio da proporcionalidade exige que a intervenção no âmbito de proteção dos direitos fundamentais não ultrapasse os limites requeridos pelo interesse público que se pretende preservar.

Não basta, portanto, invocar a observância dos requisitos estabelecidos na Lei nº 4.595, de 1964 (art. 38, § 4º), - que exige seja a quebra do sigilo decidida por maioria absoluta dos membros da Comissão Parlamentar de Inquérito. Faz-se mister que o pedido da Comissão diga respeito ao objeto da investigação para que foi criada (CF, art. 58, § 3º) e que reste demonstrado, de forma inequívoca, a necessidade de afastamento do sigilo, no caso concreto.

Tendo as comissões parlamentares de inquérito, agora, poderes de investigação próprios das autoridades judiciais (CF, art. 58, § 3º), é de lhe serem feitas, também neste caso, as mesmas exigências expressas no art. 93, IX, da Lei Maior, ou seja, de que

todas as suas decisões sejam fundamentadas, sob pena de nulidade.

Vê-se, pois, que a aplicação da disciplina contida no art. 38 e parágrafos, da Lei nº 4.595, de 1964, há de fazer-se em consonância com as premissas normativas derivadas diretamente do novo texto constitucional.

É certo, por outro lado, que tal intervenção não se há de verificar à revelia do titular do direito, que deverá ser devidamente notificado das providências requeridas antes mesmo de sua realização.

Do contrário, também as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório nos processos administrativos e judiciais (CF, art. 5º, LV) e da proteção judiciária (CF, art. 5º, XXXV) seriam transformadas em inútil ornamento da Lei Maior.

**Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie e Presidente do Conselho de Estudos Jurídicos da Federação do Comércio do Estado de São Paulo.*

***Doutor em Direito pela Universidade de Münster - Alemanha e Procurador da República.*

Acórdão na íntegra

1
5743

ICM - FORNECIMENTO DE ALIMENTOS E BEBIDAS - BASE DE CÁLCULO - LEI ESTADUAL Nº 5.886/87-SP - CONSTITUCIONALIDADE; NÃO-INCLUSÃO NA LISTA DO DECRETO-LEI Nº 406/68 - ISS - NÃO-INCIDÊNCIA

(Acórdão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal)

Recurso Extraordinário nº 129.877-4 - São Paulo

Recorrente: Sociedade de Comércio de Comidas e Bebidas Ltda.

Recorrido: Estado de São Paulo

RECURSO - PREQUESTIONAMENTO - NATUREZA DO VÍCIO DECORRENTE DO SILÊNCIO DO ÓRGÃO JULGADOR - O prequestionamento consubstancia pressuposto de recorribilidade dos recursos extraordinários (*lato sensu*) e faz-se necessário para que seja possível proceder-se a cotejo para dizer-se do enquadramento no permissivo legal. Configura-se quando a matéria veiculada no recurso foi objeto de debate e decisão prévios, ou seja, conste do acórdão que se pretende ver reformado a adoção de entendimento explícito sobre o tema jurígeno empolgado. A persistência do vício de procedimento, em que pese a interposição dos embargos declaratórios, abre margem à irresignação consideradas as normas constitucionais relativas ao devido processo legal, sendo impróprio pretender-se apreciação da matéria de fundo quando não ocorreu, pelo Órgão

competente, a entrega da prestação jurisdicional.

ICM - FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO, BEBIDAS E OUTRAS MERCADORIAS - BASE DE CÁLCULO - ABRANGÊNCIA - SERVIÇOS PRESTADOS - LEI Nº 5.886/87, DO ESTADO DE SÃO PAULO - COMPETÊNCIA PARA IMPOR O TRIBUTO - ARTIGO 24, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL ANTERIOR E 156, INCISO IV, DA ATUAL. O fato de na Lei Estadual prever-se como base de incidência o valor pago pelo adquirente, sem exclusão do destinado a remunerar os serviços embutidos, não implica transgressão direta ao preceito constitucional que disciplina a competência dos Municípios para instituir Imposto Sobre Serviços. A circunstância de o Decreto-lei nº 406/68, de cunho federal, não contemplar, na listagem a ele anexa, os serviços prestados pelo fornecimento de alimentação e bebidas por restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares afasta, por sua vez, a possibilidade de se ter, no caso, a dupla incidência, sendo certo, ainda, que o valor cobrado fica sujeito apenas ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias (§ 2º), da mesma forma que a prestação de serviços incluídos sofre unicamente a incidência do Imposto Sobre Serviços, ainda que envolva o fornecimento de mercadorias (§ 1º).

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em

segunda turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso extraordinário.

Brasília, 03 de novembro de 1992.

Néri da Silveira
Presidente

Marco Aurélio
Relator

Relator: Ministro Marco Aurélio

Recorrente: Sociedade de Comércio de Comidas e Bebidas Ltda.

Recorrido: Estado de São Paulo

Relatório

O Senhor Ministro Marco Aurélio - A egrégia Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo houve por bem, mediante votação unânime, negar acolhida ao pedido formulado na Apelação Cível nº 144.620-2, interposta pela ora Recorrente. Para tanto, consignou que, antes da edição da Lei Estadual nº 5.886/87, a jurisprudência desta Corte pacificou-se no sentido da inviabilidade da cobrança do Imposto sobre Circulação de Mercadorias sobre o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, por não se ter na Lei nº 440/64 a definição alusiva à base de incidência. Assim, a citada Lei nº 5.886/87 veio a preencher um vazio legislativo, ao dispor que na hipótese de fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares o Imposto sobre Circulação de Mercadorias incidirá sobre o valor da operação de que decorrer a saída ou o fornecimento de mercadorias, considerado como base de cálculo o valor total cobrado do adquirente. Refutou a Corte de origem a objeção de que no valor total estão compreendidos os serviços sujeitos à tributação municipal, fazendo-o diante do disposto no artigo 8º, § 2º, do Decreto-lei nº 406/68, no sentido de que o fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não especificados na lista fica sujeito ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias. Apontou que, não constando da lista de serviços anexa ao citado Decreto-lei a hipótese vertente, o caminho ficou aberto à previsão legal em torno da incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias. Aludiu à tentativa de bares e restaurantes, apoiados em falha da legislação anterior alcançarem verdadeiro privilégio, deixando de recolher o ICM e o ISS, já que, se cobrado este último, alegariam a inexistência de previsão na lista atinente ao Decreto-lei nº 406/68 (folhas 75 a 79).

Seguiu-se a interposição do recurso extraordinário de folhas 81 a 95, com alegada base na alínea "a" e parágrafo único do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal, mencionando-se também a arguição da relevância da questão federal, muito embora o recurso date de 21 de agosto de 1989. Consoante as razões apresentadas, a decisão atacada reflete violência ao artigo 24 da Constituição Federal de 1969, cujo preceito consta reproduzido no artigo 156, inciso IV, da atual. Assevera-se ser imprópria a base de incidência prevista na Lei nº 5.886/87, do Estado de São Paulo, por englobar valores relativos ao ISS, cuja competência é municipal e não estadual. Ressalta-se a impossibilidade de considerar-se valor que diz respeito não só ao fornecimento de alimentação, como também aos serviços prestados, exurgindo a invasão, pelo Estado, de campo reservado ao Município. Afirma-se que diante do teor dos artigos 19, inciso I, e 153, § 29, da Carta Federal anterior, somente por lei complementar poder-se-ia chegar à definição da base de cálculo para o caso de incidência do ICM sobre fornecimento de alimentos em restaurantes, bares e similares, não tendo o Estado competência para disciplinar a matéria. Daí a imprestabilidade de a nova Lei haver previsto como base de cálculo o valor da operação ou o valor total cobrado do adquirente. A prestação de serviços é, conforme o sustentado, fato gerador do ISS, não se podendo, assim, tomar o valor pertinente e sobre ele fazer incidir o ICM. Há referência ao decidido por esta Corte no recurso extraordinário nº 106.295-9-SP sobre a necessidade de deduzir-se o valor estranho à base. São mencionadas decisões em prol dos argumentos expendidos, aludindo-se, ainda, à lição do professor Rui Barbosa Nogueira. Pleiteou-se a formação de instrumento ligado à arguição de relevância, procedendo-se à indicação de peças (folhas 81 a 95).

A Fazenda do Estado de São Paulo apresentou a impugnação de folhas 97 e 98, salientando que o tema pertinente aos artigos 19, inciso I, e 153, § 29, da Constituição Federal anterior não foi objeto de decisão, padecendo o recurso, assim, da ausência do indispensável prequestionamento. No mais, aduz que os serviços inerentes ao fornecimento de alimentos em bares, restaurantes e similares não foram contemplados na lista do Decreto-lei nº 406/68 e que a decisão mostra-se razoável.

À folha 103 está a decisão de cognição incompleta que ensejou o processamento do extraordinário, havendo notícia de que o tema constitucional foi devidamente prequestionado e que, no caso, discute-se a constitucionalidade da Lei nº 5.886/87.

Aos autos veio a guia de folha 106, relativa ao preparo do extraordinário. O Ministério Público Federal emitiu o parecer de folhas 111 a 117 pelo não-conhecimento do recurso, ressaltando que na hi-