



Copyright© 2018 by Leonardo Buissa, Simon Riemann & Rafael Lara Martins

Editor Responsável: Aline Gostinski

Capa e Diagramação: Carla Botto de Barros

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México

JUAREZ TAVARES

Catedrático de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Brasil

LUIS LÓPEZ GUERRA

Magistrado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha

OWEN M. FISS

Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

D635

Direito e finanças públicas nos 30 anos da constituição : experiências e desafios nos campos do direito tributário e financeiro / organização Leonardo Buissa, Simon Riemann, Rafael Lara Martins ; coordenação Rafael Lara Martins, Saulo Pinto Coelho. - 1. ed. - Florianópolis [SC] : Tirant Blanch, 2018.
442 p. : il. ; 21 cm. (Experiência Jurídica nos 30 anos da Constituição Brasileira)

Inclui bibliografia e índice
ISBN 978-85-9477-231-2

1. Direito - Brasil. 2. Finanças públicas. 3. Direito tributário. 4. Direito financeiro. I. Buissa, Leonardo. II. Riemann, Simon. III. Martins, Rafael Lara. IV. Coelho, Saulo Pinto. V. Série.

18-52365

CDU: 34(81)

Leandra Felix da Cruz - Bibliotecária - CRB-7/6135

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.

A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei nº 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant Empório do Direito Editorial Ltda.



Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.

Av. Embaixador Abelardo Bueno, 1 - Barra da Tijuca

Dimension Office & Park, Ed. Lagoa 1, Salas 510D, 511D, 512D, 513D

Rio de Janeiro - RJ CEP: 22775-040

www.tirant.com.br - editora@tirant.com.br

Organizadores:
Leonardo Buissa
Simon Riemann
Rafael Lara Martins

DIREITO E FINANÇAS PÚBLICAS NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO: EXPERIÊNCIAS E DESAFIOS NOS CAMPOS DO DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO

Coleção Experiência Jurídica
nos 30 anos da Constituição Brasileira

8

ESA/OAB-GO e PPGDP-UGF

Coordenadores:
Rafael Lara Martins
Saulo Pinto Coelho



REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. *Competências tributárias: um ensaio sobre a sua compatibilidade com as noções de tipo e conceito*. São Paulo: Malheiros, 2018.
- BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao poder de tributar*, 8ª ed. atualizada por DERZI, Misabel Abreu Machado. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- BARRETO, Aires Fernandino. *ISS na Constituição e na Lei*, 3ª ed. São Paulo: Dialética, 2009.
- BARRETO, Paulo Ayres. *Planejamento tributário: Limites normativos*. São Paulo: Noeses, 2016.
- BARRETO, Simone Rodrigues Costa. *Mutação do conceito constitucional de mercadoria*. São Paulo: Noeses, 2015.
- DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6ª ed. refundida do "ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito". São Paulo: Malheiros, 2013.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- MACEDO, José Alberto Oliveira. *Conflitos de competência na tributação do consumo*. 2013. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro)–Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Competência tributária: entre a rigidez do sistema e a atualização interpretativa*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Doutrina e prática do imposto sobre serviços*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- VELLOSO, Andrei Pitten. *Conceitos e competências tributárias*. São Paulo: Dialética, 2005.

O HABEAS DATA E A TUTELA DE DIREITOS DO CONTRIBUINTE

Luís Eduardo Schoueri¹

Ricardo André Galendi Júnior²

1. TRANSPARÊNCIA DO ESTADO E O ACESSO À INFORMAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A transparência do Estado não é mero ideário político e encontra-se extensamente contemplada por documentos legislativos domésticos e internacionais. Como exemplo de tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, e que se dedicam à tutela da transparência estatal e do direito de acesso à informação, citam-se a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, a Declaração Interamericana de Princípios de Liberdade de Expressão e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

Inobstante, o diagnóstico acerca da efetiva tutela de tais direitos, mormente em países com menor grau de desenvolvimento, é preocupante. Na década de 1990, ao constatar que a tutela conferida por alguns países aos contribuintes em suas relações com o Fisco estava abaixo de parâmetros mínimos de proteção de direitos fundamentais, a OCDE editou um estatuto de direitos do contribuinte (“*taxpayer bill of rights*”), que contemplava: o direito de ser informado, ouvido e assistido por advogado perante as autoridades

1 Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Tributário.

2 Mestrando e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pós-Graduado em Direito Tributário Internacional pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário. Advogado em São Paulo.

fiscais; o direito de recurso das decisões das autoridades tributárias; o direito de não pagar tributos a maior; o direito à segurança jurídica; o direito à privacidade; e o direito à confidencialidade e ao segredo das informações (OECD, 1990).

Tivesse a questão perdido sua importância no cenário internacional, não haveria razão para que, vinte e cinco anos mais tarde, a tutela dos direitos do contribuinte em sua relação com o Fisco fosse objeto de extenso estudo no âmbito da *International Fiscal Association (IFA)* (BAKER; PISTONE, 2015, p. 21). O *General Report*, de autoria dos professores Philip Baker e Pasquale Pistone, sequer discute a existência, em abstrato, de direitos fundamentais dos contribuintes, os quais estariam presentes em todos os Estados avaliados: a existência de tais direitos é tida por inconteste. Apesar de, por uma questão metodológica, estabelecer-se uma lista de direitos dos contribuintes³, a grande preocupação dos autores é se, e como, esses direitos são tutelados na prática. O Relatório aborda, assim, questões essenciais à efetividade da proteção do contribuinte, como a relação entre esses direitos e a necessidade da simplicidade da administração tributária (BAKER; PISTONE, 2015, p. 22). Afinal, de nada valem medidas que, apesar de existentes, não são conhecidas do contribuinte, ou o oneram de tal forma que este deixa de utilizá-las.

O uso da informática para a comunicação, armazenamento e processamento de dados acentuou a importância de se garantir a transparência estatal. Embora o uso das mais diversas tecnologias seja desejável, vez que aumenta a eficiência da administração tributária, abre-se enorme risco aos direitos dos contribuintes, decorrente da utilização indevida ou fraudulenta de dados (BAKER; PISTONE,

3 “We have, therefore, taken as our starting point a relatively standard catalogue of rights applicable to tax payers, and these include the following (which is not an exhaustive list): the right to privacy, including the protection of confidential information from disclosure; the right to a fair trial, including a fair investigation prior to trial and appeal rights; this includes the rights to an independent and impartial tribunal established by law, and a determination within a reasonable time; freedom from discriminatory or arbitrary tax laws or procedures; freedom from self-incrimination, at least in so far as criminal penalties (including substantial fines) are concerned; respect for the rule of law in tax legislation and tax procedures.” (BAKER; PISTONE, 2015, p. 21-22)

2015, p. 23-24). A mesma preocupação foi detectada pelo Grupo de Pesquisa DeSTaT (*Sustainable tax governance in developing countries through global tax transparency*), o qual, com recursos do Conselho de Pesquisa da Noruega, permitiu a celebração de convênio acadêmico internacional multilateral, cuja “antena brasileira”, representada pela Universidade de São Paulo, é liderada por subscritor deste artigo, para examinar o tema da transparência e seus reflexos nos países em desenvolvimento⁴.

Nesse sentido, deve-se garantir o direito do contribuinte de acessar as informações mantidas pelas autoridades fiscais sobre ele próprio e, em caso de erro, corrigi-las. Em certo sentido, tal direito configura verdadeira extensão do direito ao devido processo legal, vez que informações imprecisas podem gerar avaliações incorretas e disputas desnecessárias (BAKER; PISTONE, 2015, p. 25). Não por outro motivo, dentro dos padrões mínimos definidos no *General Report*, encontra-se o direito de acesso às informações pessoais mantidas sobre o contribuinte, juntamente, com o direito de retificação dos dados imprecisos (BAKER; PISTONE, 2015, p. 25).

A administração tributária é mera depositária desses dados, pois os reais titulares dessas informações são os próprios contribuintes. Não há razão para que se autorize a administração pública a revelar informações pessoais do contribuinte a outros Estados sem que ao menos o titular desses dados seja notificado sobre essa pretensão (TONELLI JÚNIOR, 2015, p. 372). Como os direitos dos contribuintes são derivados de obrigações contidas em normas constitucionais ou em instrumentos de direitos humanos, em caso de conflito entre estes e uma melhor administração tributária, a

4 A participação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no Grupo de Pesquisa, inicialmente intitulado “Towards global fiscal transparency: setting up good tax governance in the relations involving developing countries” (DeSTaT) foi iniciada em 2013, com fomento do Conselho de Pesquisa da Noruega. A pesquisa teve duração de cinco anos, realizando-se, a cada ano, diversos seminários na FDUSP e nas demais universidades participantes. A Universidade de Oslo (Noruega), a Universidade Econômica de Viena (Áustria), o Instituto Colombiano de Direito Tributário (Colômbia), a Universidade da Cidade do Cabo (África do Sul) e a Universidad de la República (Uruguai) compõem as demais antenas. No âmbito da pesquisa, foram publicados “meta-artigos”, inclusive sobre a transparência estatal na utilização de dados dos contribuintes. (Cf. VALDERRAMA et. al., 2018)

proteção dos direitos dos contribuintes deve prevalecer (BAKER; PISTONE, 2015, p. 22). Por conseguinte, não pode a autoridade tributária alegar motivos relacionados à conveniência administrativa para negar tutela a direitos do contribuinte.

Da mesma forma, deve-se garantir que haja a notificação e a possibilidade de intervenção quando informações confidenciais de um contribuinte estejam na iminência de serem reveladas sem autorização (BAKER; PISTONE, 2015, p. 31). Essa notificação ao contribuinte também deve ocorrer quando haja troca de informações entre Estados a fim de que possa ser realizado o controle das atividades administrativas, bem como do teor das informações que serão fornecidas ao outro Estado.

Em suma, dado que a troca de informações é um procedimento, deve este observar o devido processo legal, tutelando-se os direitos e garantias decorrentes desse princípio (TONELLI JÚNIOR, 2015, p. 378). Por isso devem-se estabelecer, no âmbito da própria administração tributária, mecanismos de controle, a fim de que o contribuinte possa questionar a legalidade da troca de informações realizada, e agir tempestivamente para que seus direitos não sejam violados.

Em que pese se tenha por ideal a observância dos direitos fundamentais do jurisdicionado no âmbito da própria atuação da administração tributária, não se pode ignorar que tal estado de coisas encontra-se muito longe de ser atingido no direito brasileiro. Diante da crescente utilização da troca de informações por parte das autoridades tributárias, bem como de outras medidas potencialmente lesivas aos direitos dos contribuintes permitidas pelo uso da informática pelo Estado, não se pode, passivamente, aguardar até que a administração pública esteja preparada para respeitar os direitos de seus jurisdicionados.

Com efeito, o Judiciário possui papel inegável neste momento de transição. Enquanto a administração pública não incorpora, ela própria, as práticas de transparência que são exigidas no âmbito de um

Estado de Direito, cumpre aos juízes a tutela dos direitos constitucionalmente previstos, dispondo o cidadão de importantes instrumentos para se proteger da atuação do Executivo.

O presente artigo tem por escopo examinar o regime jurídico do *habeas data* no direito brasileiro, enfatizando-se sua importância à tutela dos direitos do contribuinte. Examinam-se, ainda, alguns dispositivos da Lei de Acesso à Informação que se apresentam como relevantes à tutela dos direitos dos contribuintes, entronizando-se suas interseções com o instituto do *habeas data*.

2. O HABEAS DATA E A TUTELA DE DIREITOS DO CONTRIBUINTE

2.1. O HABEAS DATA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Anteriormente à Constituição de 1988, não se tinha por clara a ilegalidade de ato da administração pública que sonegasse uma informação ao jurisdicionado, ainda que esta lhe dissesse respeito (DALLARI, 2002, p. 241). Por conseguinte, não raro dispunha a administração pública de informações que, além de obtidas sem as garantias do contraditório e da ampla defesa, forneciam parâmetros de avaliação para a imposição de diversas medidas restritivas a garantias individuais, sem que o jurisdicionado tivesse sequer conhecimento de que assim se procedia (AGRA, 2013, p. 486; MOREIRA, 1998, p. 127). A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo o *habeas data*, garantindo que fosse possível o acesso a dados existentes sobre o cidadão, e conferindo, ademais, a possibilidade de correção ou mesmo de supressão de tais informações (DALLARI, 2002, pp. 240-241). Trata-se, verdadeiramente, de uma “nova garantia constitucional” (FERREIRA FILHO, 2011, p. 358) trazida pela Carta de 1988, cujo escopo relaciona-se intimamente à garantia da transparência estatal.

Ainda que o remédio seja relevante expressão da transição democrática, a importância do *habeas data* não deve ser vista como meramente “simbólica”. (Cf. BARROSO, 1998, p. 203-212) O

habeas data possui notória relevância prática, ao tutelar direitos caros ao Estado de Direito. O instrumento corrobora a transparência das informações armazenadas por entidades públicas (DIMOULIS; LUNARDI, 2013, p. 413), prevenindo que os atos destas entidades sejam baseados em informações inacessíveis ao interessado, o que lhe subtrairia qualquer possibilidade de contraste ou defesa. Em relação às entidades privadas, também é cabível o *habeas data* caso estas possuam registros ou bancos de dados que possam ser considerados de caráter público.

Ademais, o intenso desenvolvimento de sistemas de informações computadorizadas permitiu ampla acumulação e acesso rápido às mais variadas informações sobre a esfera privada dos indivíduos (PACHECO, 1998, p. 349). Desse modo, o *habeas data* deve ser visto como um instrumento de relevância crescente, em resposta ao incremento da utilização de sistemas de informação por parte de entes públicos e privados.

Trata-se, pois, de um instituto típico e específico (SILVA, 2012, p. 209-210; PACHECO, 1998, p. 349) para a tutela de determinados direitos individuais. Muitos países procuram disciplinar o acesso à informação por parte do Estado bem como o uso que este possa dela fazer, garantindo-se, ainda, a possibilidade de correção por parte do interessado (BASTOS, 1998, p. 84; PACHECO, 1998, p. 349). As Constituições da Espanha (art. 18) e de Portugal (art. 35) tratam de controles e direitos semelhantes, porém não conferem a sua tutela um instrumento específico como o *habeas data* (SILVA, 2012, p. 453-454). Já na América Latina, vários países introduziram, recentemente, o *habeas data*, assegurando, genericamente, o direito à informação ou o direito à intimidade (DALLARI, 2002, p. 252).

Em que pese tenha sido importante a superveniente normatização infraconstitucional do *habeas data*, que seria levada a cabo mediante a Lei nº 9.507/97, a estrutura do *remedium juris* encontra-se posta na Constituição. A identificação dos sujeitos da relação processual, do objeto passível de postulação e mesmo da discriminação da

competência jurisdicional para processar e julgar o *habeas data* já se encontram por completo no texto constitucional.

A Constituição determina quais são os registros ou bancos de dados em relação aos quais o *habeas data* garante a transparência. O artigo 5º, LXXII, “a”, da Constituição Federal, dispõe que se concederá o *habeas data* “para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público”.

Decorre, portanto, imediatamente, do texto constitucional, que o *habeas data* é cabível: i) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de *registros ou bancos de dados de entidades governamentais*; ou ii) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de *registros ou bancos de dados de caráter público*.

Distinguem-se, pois, duas modalidades de registros ou bancos de dados: i) aqueles pertencentes a “entidades governamentais”; e ii) aqueles “de caráter público”. No caso de registros ou banco de dados mantidos por “entidades governamentais”, que compreende tanto órgãos da administração direta quanto indireta (SILVA, 2012, p. 454), não importa saber o que seria o “caráter público” dos registros. Em se tratando de entidade governamental, deve ser concedido ao impetrante o *habeas data*, não existindo qualquer necessidade de qualificação adicional do registro ou banco de dados.

Em ambos os casos, i.e., quer se trate de *registros ou bancos de dados de entidades governamentais*, quer se trate de *registros ou bancos de dados de caráter público*, deve-se garantir, por meio do *habeas data*, a teor expresso do artigo 5º, LXXII, “b”, da Constituição Federal, “a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”.

Dessa forma, o *habeas data* tutela a autodeterminação informativa, (Cf. ALBERS, 2005; NOJIRI, 1998, p. 360-363) a qual engloba tanto a proteção e amparo das questões íntimas, isto é, o direito à

privacidade em sentido amplo, quanto a preservação de informações não íntimas. Por “informações relativas à pessoa”, deve-se compreender, assim, dados definidores da situação da pessoa nas mais diversas searas, sejam informações sobre sua religião, ideologia ou orientação política, sejam dados sobre sua situação econômica e profissional, abrangendo-se mesmo a existência de eventual inadimplência ou de dívidas e créditos tributários (PACHECO, 1998, p. 349; DECOMAIN, 2010, p. 127).

Com efeito, os dados protegidos não precisam ser necessariamente íntimos. Deve-se ver que o *habeas data* tem por escopo garantir a transparência estatal em relação às informações detidas pelo Estado sobre o cidadão. Não há por que se alegar a inadequação do *habeas data* para defesa de direitos de cunho econômico. (Cf. JUSTEN FILHO, 2010, p. 1189) Portanto, informações armazenadas, fichadas e catalogadas constantes em registros ou bancos de dados, que abrangem dados das mais variadas espécies, são passíveis de conhecimento, retificação ou assentamento por meio do *habeas data*. Nesse sentido, tem-se por inconteste o direito do contribuinte, pessoa física ou jurídica, de impetrar *habeas data* para garantir a transparência de informações a seu respeito junto aos órgãos da Fazenda Pública (MEIRELLES; MENDES; WALD, 2014, p. 352).

Deve-se ver que ao impetrar o *habeas data* o jurisdicionado, não raras vezes, tem conhecimento das informações relativas à sua pessoa, porém deseja saber se os dados foram armazenados de maneira ilícita e se são verídicos (DIMOULIS; LUNARDI, 2013, p. 413). Mesmo porque as informações obtidas ilicitamente ou que ofendam direitos do jurisdicionado devem ser suprimidas dos registros de entidades governamentais ou de caráter público (AGRA, 2013, p. 486-487).

Em outras palavras, normalmente, o sujeito ativo do *habeas data* conhece a informação: sabe a cor de seu próprio cabelo, a religião que pratica, ou a renda auferida por ele em um dado ano-calendário. O que pretende o interessado com o *habeas data* é saber qual a informação contida no registro ou banco de dados, para que, estando ela incorreta, possa corrigi-la. O sujeito ativo do *habeas data*, em regra,

não quer saber a cor do próprio cabelo, mas sim o que diz o registro ou banco de dados sobre a cor de seu cabelo.

Como o *habeas data* resguarda as informações relativas à pessoa do impetrante, ele se configura como um remédio personalíssimo do titular dos dados (SILVA, 2012, p. 454), seja pessoa física ou jurídica (BOTALLLO; CARRAZZA, 2004, p. 113). Ou seja, terceiros não têm legitimidade ativa para impetrá-lo⁵. Contudo, é aceito na doutrina e na jurisprudência que herdeiros e sucessores possuem legitimidade para interpô-lo quando informações forem denegadas a respeito do *de cuius*, cabendo a correção caso necessário (AGRA, 2013, p. 487). Em decorrência da necessidade de se preservar a transparência estatal, se a administração declara inexistir determinada informação, não poderá validamente tomar, contra o impetrante, providências que se respaldem naquilo que, em caráter oficial, negou existir (BOTALLLO; CARRAZZA, 2004, pp. 115 e 119).

À luz da Constituição Federal já se discutia a exigência do pedido administrativo precedente para que fosse cabível posteriormente o *habeas data*. Esta questão fora consolidada antes mesmo da promulgação da Lei nº 9.507/97, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o que ensejou a edição da Súmula nº 2, segundo a qual não é cabível o *habeas data* “se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa”. Tal exigência seria posteriormente contemplada no art. 8º da Lei nº 9.507/97, que demanda que se instrua a petição inicial com prova i) “da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão”; ou ii) “da recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de quinze dias, sem decisão”; ou iii) da recusa em fazer-se a anotação de explicação ou contestação do dado, que justifica eventual pendência sobre o fato objeto do dado⁶. Também a jurisprudência do Supremo Tribunal

5 Neste sentido: “O *habeas data* não se presta para solicitar informações relativas a terceiros, pois, nos termos do inciso LXXII do art. 5º da CF, sua impetração deve ter por objetivo ‘assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante’.” (HD 87 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 25 de novembro de 2009, Plenário, DJE 05.02.2010).

6 Tal anotação é referida no art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.507/97.

Federal confirma a necessidade do cumprimento do requisito, cuja ausência enseja a carência da ação⁷.

Alguns autores rechaçam a necessidade de prévia recusa do órgão perquirido (GARCIA, 2001, p. 132). Um dos argumentos dessa posição é que a Constituição Federal foi clara em conferir ao interessado a opção entre o processo judicial e o processo administrativo (SOARES, 2012, p. 30). No entanto, entende a doutrina majoritária que não teria sentido sobrecarregar o Judiciário antes mesmo de se tentar, na via administrativa, aquilo que o próprio órgão pode oferecer (AGRA, 2013, p. 487; MEIRELLES; MENDES; WALD, 2014, p. 354). Em um e outro caso, tem-se por certo que não há a exigência de exaurimento de instâncias administrativas, bastando a recusa ao acesso ou o decurso de período de tempo sem pronunciamento do órgão competente para prestar as informações⁸.

Cabe o *habeas data*, ainda, se o detentor das informações solicitadas as houver fornecido de maneira insuficiente ou incompleta (MEIRELLES; MENDES; WALD, 2014, p. 354). Vale dizer, não basta que a entidade requisitada atenda ao pedido do interessado, é necessário que o faça de maneira satisfatória. Caso assim não proceda, cumpre ao interessado ingressar com o remédio constitucional para obter as informações na extensão a que tem direito.

2.2. A REGULAMENTAÇÃO PELA LEI Nº 9.507/1997

Conquanto incontestes a aplicabilidade imediata do *habeas data* a partir da Constituição de 1988⁹ (CRETILLA JÚNIOR, 1989, p. 117), cumpre notar que sua regulamentação infralegal somente se

7 Consoante a jurisprudência do STF: “[a] prova do anterior indeferimento do pedido de informação de dados pessoais, ou da omissão em atendê-lo, constitui requisito indispensável para que se concretize o interesse de agir no *habeas data*. Sem que se configure situação prévia de pretensão resistida, há carência da ação constitucional do *habeas data*.” (RHD 22, Rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello, julgamento em 1991991, Plenário, DJ de 1º91995). No mesmo sentido, cf. HD 87AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 25112009, Plenário, DJE de 522010.

8 É o que se extrai da leitura do art. 8º da Lei nº 9.507/97.

9 Cabe ver, nesse sentido, que, alguns dias após a promulgação da Constituição já se pronunciava o Supremo sobre o primeiro *habeas data* (Cf. HD nº 1, Rel. Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 13 de outubro de 1988).

deu com a edição da Lei nº 9.507/1997. Em que pese a Constituição já trouxesse elementos suficientes para a aplicação do remédio, conforme se expôs, falando-se mesmo em “absoluta prescindibilidade de normação infraconstitucional para reger o instituto” (BASTOS; MARTINS, 1989, p. 366), a lei trouxe elementos procedimentais relevantes para tutelar a garantia constitucional e conferir segurança jurídica aos cidadãos na persecução da transparência do Estado.

O diploma legal acrescentou, ademais, uma terceira finalidade ao remédio constitucional, (Cf. TAVARES, 2013, p. 698; LOPES; LOPES, 1998, p. 255; DOTTI, 1998, p. 305) sob o intento de obstar que constrangimentos ocorressem pela descoberta de dados desprovidos das razões que os ensejaram (AGRA, 2013, p. 487). Consoante o art. 7º, III, da Lei nº 9.507/1997, o *habeas data* tornou-se o instrumento cabível também para “a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável”.

Além de ter ampliado o leque de finalidades desse remédio constitucional, a regulamentação do *habeas data* pela Lei nº 9.507/1997 foi importante para explicitar o que se deve entender por registro ou banco de dados de caráter público. Consoante o parágrafo único do artigo 1º, todo registro público ou banco de dados será considerado de caráter público: (i) se as informações neles contidas sejam ou possam ser transmitidas a terceiros; ou (ii) caso as informações não sejam de uso privativo.

É fundamental, porém, a percepção de que esse conceito só é relevante na hipótese em que não se trate de entes da administração pública direta e indireta. No caso de “entidades governamentais”, não há que se perquirir se há ou pode haver transferência a terceiros ou se as informações são ou não de uso privativo. Em se tratando de registro ou banco de dados de entidades governamentais, pouco importa se as informações são de uso privativo do órgão que as detém, ou mesmo se tais informações podem ser transferidas a terceiros. Entendimento diverso implicaria negar-se à transparência estatal sua verdadeira relevância,

obstando-se a aplicação de remédio destinado a promovê-la.

Conforme exposto, à luz do texto constitucional, encontram-se duas modalidades de registros ou bancos de dados: i) aqueles pertencentes a “entidades governamentais”; e ii) aqueles “de caráter público”. O art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 9.507/1997, o qual define o “caráter público” de registros e de bancos de dados, é relevante apenas para interpretar a segunda modalidade, vale dizer, o que sejam os registros ou bancos de dados de caráter público (necessariamente detidos por entidades não governamentais). A dicção do dispositivo contempla as mais diversas instituições privadas, inclusive financeiras¹⁰, e abrange serviços de proteção de crédito¹¹, listagens de mala direta e agências de notícias (WALD; FONSECA, 1998, p. 15), entre tantas outras possibilidades que a prática venha a conceber.

Em tais casos, é primordial verificar a comunicabilidade dos dados a terceiros, vez que não possui caráter público o armazenamento de dados para uso próprio e exclusivo da entidade privada. (Cf. DECOMAIN, 2010, p. 128) Todavia, ressalta-se que a lei não reclama a transmissão atual, mas “contenta-se com a possibilidade dela” (MOREIRA, 1998, p. 131), o que amplia consideravelmente o alcance do *habeas data*.

Em se tratando de informações “constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais”, o *habeas data* é aplicável, não importando o significado de “caráter público”. Se a informação relativa à pessoa está em registro ou banco de dados de entidades governamentais, o acesso deve ser garantido mediante *habeas data*.

A insistência neste ponto deve-se ao prejuízo à sistematização da Lei nº 9.507/97 engendrado pelo veto presidencial parcial

10 Cf. TJ-SP, AC nº 0017225-37.2012.8.26.0576, Rel. Des. Alexandre Bucci, julgado em 4 de junho de 2013.

11 Concedendo-se o *habeas data* em casos envolvendo SPC e SERASA, cf. TJ-SP, AC nº 1086655-95.2013.8.26.0100, Rel. Des. Teixeira Leite, julgado em 25 de fevereiro de 2015; TJ-MG, AC 2.0000.00.295085-4/000, Rel. Des. Batista Franco, julgado em 15 de fevereiro de 2000; TJ-MG, AC 2.0000.00.310192-2/000, Rel. Des. Maria Elza, julgado em 02 de agosto de 2000; TJ-RS, AC nº 70049279607, Rel. Des. Orlando Heemann Júnior, julgado em 09 de agosto de 2012.

que antecedeu sua promulgação. Entre outros vetos, eliminou-se justamente o art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.507/97, o qual dispunha que “[t]oda pessoa tem o direito de acesso a informações relativas à sua pessoa, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público”.

Ora, tal dispositivo não fazia mais que reproduzir o exato teor do texto constitucional¹². O veto presidencial é, pois, materialmente irrelevante neste ponto¹³.

Deve-se ver, contudo, que o veto prejudicou a compreensão do diploma legislativo. Com o veto, a leitura da lei inicia-se com a definição do que seja o registro ou banco de dados de caráter público. A leitura descontextualizada de tal dispositivo leva a crer que a lei aplica-se tão somente a registros ou bancos de dados de caráter público, e que, portanto, o *habeas data* deveria ser concedido tão somente em relação a registros ou bancos de dados de caráter público. Segundo essa interpretação, dever-se-ia avaliar, mesmo no caso de entidades governamentais, se o registro ou banco de dados em questão possui “caráter público”.

Tal conclusão é notoriamente equivocada e impediu que se observassem avanços importantes na garantia da transparência estatal. Na verdade, o *habeas data* deve ser concedido sempre que se tratar de i) registro ou banco de dados de entidade governamental ou ii) registro ou banco de dados de caráter público. Tal é o comando constitucional. O artigo 5º, LXXII, contém “típica norma constitucional de garantia”, não se admitindo lei ordinária que lhe condicione “impetrabilidade e nem a consequente apreciação judicial” (BASTOS;

12 Curioso ver a fundamentação do veto presidencial em relação ao artigo 1º, segundo a qual “[o]s preceitos desbordam sensivelmente a configuração constitucional do *habeas data*, impondo obrigações aos entes governamentais ou de caráter público sem qualquer respaldo na Carta Constitucional. A definição constitucional do *habeas data* é precisa, não permitindo a conformation pretendida nestes dispositivos.”

13 Veja-se, apesar disso, que redação equivalente foi inserida no art. 38 da Lei nº 12.527/11, segundo o qual “[a]plica-se, no que couber, a Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997, em relação à informação de pessoa, física ou jurídica, constante de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público.” Ou seja, se é que havia alguma necessidade do dispositivo, esta foi suprida pela Lei nº 12.527/11, que esclarece o âmbito de aplicação da Lei nº 9.507/97.

MARTINS, 1989, p. 366).

2.3. O OBSCURECIMENTO DO HABEAS DATA NA JURISPRUDÊNCIA

O *habeas data* tem por escopo, portanto, garantir a transparência das informações de registros e bancos de dados de entidades governamentais e de registros e bancos de dados públicos, mediante o direito de acesso e conhecimento de tais informações e a possibilidade de retificação dos dados ou de anotação nos registros.

Contudo, a extensão do *habeas data* foi, por quase três décadas, obscurecida e, muitas vezes indevidamente restringida pelos tribunais pátrios. Não raras vezes, evocaram os tribunais o conceito de “caráter público”, previsto na Lei nº 9.507/97, justamente para negar acesso a informações de registros e bancos de dados de entidades governamentais, quando, consoante demonstrado, tal análise não é necessária. Violou-se, assim, o próprio espírito do instituto do *habeas data*, instrumento apto, por excelência, a promover a transparência estatal em relação a informações detidas sobre o cidadão.

Na jurisprudência, tornou-se lugar comum discutir-se se determinado banco de dados de entidade governamental possuía ou não caráter público. Em matéria tributária, considerava-se que a principal questão cingir-se-ia a “saber se as informações solicitadas pela impetrante são de caráter público ou de uso privativo da Secretaria da Receita Federal”¹⁴. Assim, mesmo no caso de registros e bancos de dados de entidades governamentais, negava-se acesso a informações pela via do *habeas data*, por se considerar que as informações requeridas não se enquadravam “no conceito previsto no parágrafo único do art. 1º da Lei 9.507/97, porquanto não são de caráter público e não podem ser transmitidas a terceiros, sendo de uso privativo da Secretaria da Receita Federal”¹⁵. Este raciocínio inviabilizou por completo

14 TRF 3ª Região, AC nº 0000479-71.2014.4.03.6114/SP, Rel. Des. Nery Junior, julgado em 27 de novembro de 2014.

15 TRF 3ª Região, AC nº 0000226-28.2014.4.03.6100/SP, Rel. Des. Mairan Maia, julgado em 06 de novembro de 2014.

a transparência necessária a qualquer modelo que pretenda melhorar o relacionamento entre Fisco e contribuinte.

Com base em tais fundamentos, negava-se acesso, por exemplo, a dados do Sistema de Conta-Corrente de Pessoa Jurídica (“SINCOR”), argumentando-se que este teria por função “orientar o serviço de controle e fiscalização da Receita Federal, e não informar contribuintes acerca de eventuais créditos junto à União Federal”. Em notória contrariedade à lógica do *habeas data*, negava-se acesso às informações, porquanto este sistema seria “alimentado tão somente com informações prestadas pelo contribuinte, sendo, portanto, de prévio e total conhecimento do mesmo”¹⁶.

Considerava-se, igualmente, em latente contradição à regra constitucional, que a legislação teria definido “o conceito e a caracterização de ‘registro’ ou de ‘banco de dados’ de informações de natureza pública, delimitando os dados acessíveis por meio de Habeas Data, nas estritas hipóteses do art. 1º, parágrafo único, da Lei n.º 9.507/1997”. Nos termos deste raciocínio, autorizava-se o acesso à informação “só nas hipóteses que as informações possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações”. A conclusão, pois, seria no sentido de que “se as informações requeridas pela impetrante não podem ser transmitidas a terceiros e são de uso interno da Receita Federal, seu acesso, por Habeas Data, encontra óbice no art. 1º, parágrafo único, da Lei n.º 9.507/1997”¹⁷.

No âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, chegou-se mesmo a formar um “entendimento deste Tribunal”, de que seria “imprópria a via processual do *habeas data* para o acesso a

16 TRF 3ª Região, AC nº 0000479-71.2014.4.03.6114/SP, Rel. Des. Nery Junior, julgado em 27 de novembro de 2014. No mesmo sentido, considerando os bancos de dados do SINCOR como “de uso interno e privativo”, TRF 3ª Região, Apelação Cível Nº 0014907-42.2010.4.03.6100/SP, Desembargadora Federal Cecília Marcondes, julgado em 18 de outubro de 2012; TRF 3ª Região, Apelação Cível nº 0000226-28.2014.4.03.6100/SP, Rel. Des. Mairan Maia, julgado em 06 de novembro de 2014.

17 TRF 1ª Região, Apelação Cível Nº 0001524-91.2011.4.01.3812/MG, Rel. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto, julgado em 10 de junho de 2014.

informações existentes nos arquivos da Secretaria da Receita Federal”, porquanto estas seriam “disponibilizadas para uso interno pelo órgão fazendário e não incluídas em ‘registro’ ou ‘banco de dados’ de informações de caráter público na definição que lhes dá a lei”¹⁸.

No Superior Tribunal de Justiça, não foi distinta a interpretação. Em julgado relativo ao Registro de Procedimento Fiscal (“RPF”), negou-se acesso a este documento sob o argumento de que ele seria, por definição, “documento de uso privativo da Receita Federal”, o qual “não tem caráter público nem pode ser transmitido a terceiros”¹⁹. Em que pese em situações semelhantes não tenha encontrado o STJ violação a preceito de lei federal, cumpre ver que, mesmo em tais casos, contentou-se a Corte, para fins de não conhecimento do Recurso Especial, com a assertiva de que o SINCOR destinava-se “exclusivamente para controle interno do pagamento dos tributos, não sendo passível de conhecimento do contribuinte, na forma do parágrafo único do art. 1º da Lei 9.507/97”²⁰. Não vislumbrou a Corte, portanto, que o referido parágrafo não seria sequer aplicável a entidades governamentais.

Por outro lado, mesmo em decisões que concediam o *habeas data* para acesso a dados relativos ao SINCOR e em relação a outras bases da Receita Federal, discutia-se o “caráter público” de tais bases de dados. Com efeito, concedia-se o *habeas data* por se considerar que “[o]s dados constantes do SINCOR possuem nítido caráter público” e “por retratarem, em tempo real, a situação do contribuinte perante a Receita Federal, computando os créditos e débitos em seu nome,

18 TRF 1ª Região, AC 2007.38.01.002751-4/MG, Rel. Desembargador Federal Reynaldo Fonseca, julgado em 24 de junho de 2014. Cf., no mesmo sentido, dentre tantos outros do mesmo tribunal, TRF 1ª Região, AHD nº 2007.38.01.002748-7/MG, Rel. Des. Catão Alves, publicado em 11 de fevereiro de 2011; TRF 1ª Região, RHD nº 2006.38.11.007802-3/MG, Rel. Des. Leomar Barros Amorim de Souza, publicado em 15 agosto de 2008; AC nº 0021624-50.2004.4.01.3800/MG, Rel. Juiz Federal Saulo José Casali Bahia, publicado em 30 de março de 2012.

19 STJ, REsp nº 1.411.585/PE, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 05 de agosto de 2014.

20 STJ, REsp nº 896.367/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 17 de abril de 2008. Em outro caso, a Corte não conheceu de Recurso Especial da Fazenda, “em face do enfoque constitucional com que decidida a controvérsia no Tribunal de origem” (cf. STJ, REsp nº 1.064.569/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 18 de junho de 2009).

não são de uso privativo do órgão”²¹.

Por algumas décadas, permaneceu o Brasil, portanto, em franco distanciamento em relação aos padrões mínimos de proteção do contribuinte enumerados pela OCDE na década de 1990 (OCDE, 1990). Embora ainda se encontre a administração tributária brasileira muito aquém dos padrões de transparência estatal observados em outros países por Baker e Pistone, deve se ver que, ao menos no que se refere à utilização do *habeas data*, o Supremo Tribunal Federal consertou o equívoco da volumosa jurisprudência contrária à promoção de um Estado transparente.

2.4. A REVITALIZAÇÃO DO HABEAS DATA

O STF, em acórdão de relatoria do Ministro Luiz Fux²², pacificou, em sede de Repercussão Geral, que o *habeas data* é “garantia constitucional adequada para a obtenção, pelo próprio contribuinte, de informações concernentes ao pagamento de tributos constantes de sistemas informatizados de apoio à arrecadação dos órgãos da administração fazendária dos entes estatais”. Finalmente, reconheceu o Supremo Tribunal Federal a importância deste instrumento na promoção da transparência estatal.

Apesar de o caso versar sobre informações declaradas e controladas pelo SINCOR, o teor dessa decisão deve ser compreendido de maneira ampla, devendo o mesmo raciocínio ser estendido a outros bancos de dados da Receita Federal e das demais autoridades fazendárias. Segundo o Ministro Luiz Fux “[a]os contribuintes foi assegurado o direito de conhecer as informações que lhes digam respeito em bancos de dados públicos ou de caráter público, em razão do direito de preservar o status do seu nome, seu planejamento empresarial, sua estratégia de investimento e principalmente a recuperação de tributos

21 TRF 3ª Região, AC nº 0006191-66.2010.4.03.6119/SP, Rel. Des. Consuelo Yoshida, julgado em 02 de maio de 2013. No mesmo sentido, cf. TRF 3ª Região, Apelação Cível Nº 0004563-75.2005.4.03.6100/SP, Juíza Federal Convocada Giselle França, julgado em 31 de janeiro de 2013.

22 STF, RE 673.707/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 17 de junho de 2015.

pagos indevidamente.”

O referido acórdão explicita, ainda, que a Lei nº 9.507/1997 não teria por objetivo negar a seu próprio titular o conhecimento das informações que a seu respeito estivessem cadastradas junto às entidades depositárias. Pretenderia, na verdade, restringir a divulgação a outros órgãos ou a terceiros.

Ademais, o requerimento de informações constantes em tais sistemas da Receita Federal não envolveria a hipótese de sigilo legal ou constitucional, vez que requeridos pelo próprio contribuinte, sobre dados relativos a ele próprio. Nesse sentido, o RE 673.707/MG garante a possibilidade de impetração do *habeas data* de forma a esclarecer à pessoa física ou jurídica os valores por ela pagos a título de tributos ou qualquer outro tipo de pagamento constante dos registros da Receita Federal ou de qualquer outro órgão fazendário das entidades estatais.

No mesmo sentido do quanto sustentado nos itens anteriores, o Plenário do STF decidiu que as informações fiscais relativas ao próprio contribuinte, se sigilosas, deveriam ser protegidas da sociedade em geral, mas não da pessoa a quem elas se referem. Ademais, o *habeas data* resguarda a pessoa não só em relação aos bancos de dados das entidades governamentais, como também em relação aos bancos de caráter público geridos por pessoas privadas. Ou seja, como afirmado anteriormente, enquanto o termo “entidades governamentais” seria uma expressão que abrangeria órgãos da administração direta e indireta, os bancos de caráter público abrangeriam instituições, entidades e pessoas jurídicas privadas que prestam serviços para o público ou de interesse público. Portanto, concluiu o Plenário, afirmar a suposta ausência de caráter público não constituiria argumento idôneo a impedir o acesso às informações e consequentemente indeferir o *habeas data*, haja vista ser o cadastro mantido por entidade governamental, qual seja, a Receita Federal, e não por pessoa privada.

Interessante, ainda, que a decisão foi taxativa ao afirmar que permitir o acesso aos sistemas de controle de pagamentos não significaria criar obrigação jurídica indevida à Fazenda Nacional.

Tampouco se poderia negar o acesso sob a argumentação de que a administração fazendária não estaria preparada para atender a pedidos do contribuinte. Na verdade, a solução reclamaria lógica inversa, ou seja, a Fazenda Nacional deveria adaptar-se para cumprir os comandos constitucionais, ainda que isso a onerasse administrativamente. Em verdade, o Supremo afastou a odiosa lógica utilitarista segundo a qual os direitos do contribuinte estariam sujeitos às vicissitudes administrativas da autoridade tributária.

Ao extirpar restrições incabíveis como a alegação do sigilo e da necessidade de “caráter público” para bancos de dados de entidades governamentais, o STF, delimita o real alcance do *habeas data*. Com essa concepção estabelecida, parece que, finalmente, o *habeas data* deixará de desempenhar um papel marginal no direito brasileiro (DIMOULIS; LUNARDI, 2013, p. 413), sendo bem provável que o interesse por essa garantia aumente (DALLARI, 2002, p. 243-251) e que os cidadãos passem a recorrer mais frequentemente a esse remédio constitucional.

Adicionalmente, sustentou o Ministro Luiz Fux que o entendimento expresso em seu voto seria corroborado pelo quanto disposto na Lei de Acesso à Informação. Deve-se ver, que, efetivamente, o advento da Lei de Acesso à Informação teve fundamental importância para que, finalmente, se desse à garantia constitucional do *habeas data* os contornos intentados pelo constituinte.

3. LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO E HABEAS DATA

A Lei nº 12.527/2011, ou Lei de Acesso à Informação (“LAI”), regulamenta o direito ao acesso a informações previsto no art. 5º, XXXIII, segundo o qual “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”. Além disso, a Lei contempla “o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de

governo” (CF, art. 37, § 3º, II) e estabelece diretrizes para “a gestão da documentação governamental”, bem como “as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem” (CF, art. 216, § 2º).

O inciso XXXIII é abrangente, pois garante o acesso a informações de interesse particular, coletivo ou geral. Nota-se que as informações de interesse particular detidas pelos órgãos da administração pública não se confundem com as informações relativas à pessoa presentes no inciso LXXII, “a”, da Constituição. (Cf. DALLARI, 2002, p. 243-251; PINTO FILHO, 2002, p. 44-45) No inciso XXXIII existe o interesse do cidadão, seja ele particular, coletivo ou geral, porém, não se trata, necessariamente, de informação referente a ele próprio. Muito embora toda informação relativa à pessoa seja de seu interesse particular, a recíproca não é verdadeira (ALVIM, 2001, p. 22-24). Distintamente do que ocorre com o *habeas data*, não é necessário que as informações solicitadas digam respeito ao próprio solicitante. Em se tratando de informação de interesse particular, coletivo ou geral, tem o cidadão garantido o direito ao acesso a tais informações. O *habeas data* e a LAI se complementam na tutela da transparência do Estado.

A partir da LAI, o Brasil (i) consolidou e definiu o marco regulatório sobre o acesso à informação pública sob a guarda do Estado; (ii) estabeleceu procedimentos para que a administração pública responda a pedidos de informação do cidadão; e (iii) dispôs como uma de suas diretrizes a “observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção” (artigo 3º, I) (CGU, 2014).

Deve-se ver que a LAI, para além de pormenorizar procedimentos para a garantia de direitos constitucionalmente previstos, possui importância pedagógica significativa. Reconhecidamente, a LAI tem por diretriz fomentar o “desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública” e contribuir para o “desenvolvimento do controle social da administração pública” (art. 3º, IV e V).

Nesse sentido, a LAI tem por escopo contribuir para que se desenvolva, no âmbito do funcionalismo público, a percepção de

que o cidadão possui direitos perante a administração pública, os quais devem ser tutelados independentemente de conveniência administrativa de assim se proceder. O direito à informação é um direito *per se*, e não mero mecanismo para que se possam exercer outros direitos. Com efeito, não cabe à administração pública negar o direito à informação sob o fundamento de que a tutela lhe é onerosa. O direito à informação deve ser tutelado independentemente de considerações de praticabilidade por parte do Estado, devendo-se sempre levar em consideração que cumpre tão somente ao cidadão decidir se lhe interessa obter determinada informação sobre ele próprio ou de seu interesse particular.

Em outras palavras, não se pode exigir do cidadão que peticione perante o Judiciário toda vez que desejar uma informação, seja ela de interesse particular ou coletivo. Tal exigência contraria a necessidade de se preservar a simplicidade da administração com a qual se preocupam Baker e Pistone (BAKER; PISTONE, 2015, p. 22). Nos casos de informações de interesse público, não pode a administração pública sequer esperar um pedido do cidadão. A LAI propugna, nesse sentido, que o Estado deve prover informações não apenas quando provocado (“transparência passiva”), mas também proativamente (“transparência ativa”) (CGU, 2014, p. 7). A lei contempla a transparência ativa ao estabelecer como regra a “divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações” (LAI, art. 3º, II).

No que tange à transparência passiva, a LAI estabeleceu procedimento de acesso a informações específicas, solicitadas por pessoas físicas e jurídicas (LAI, arts. 10 a 20). O procedimento de acesso a informações tem se mostrado efetivo. Interessante conferir que, no período compreendido entre maio de 2012 e junho de 2015²³, foram respondidos 281.236 pedidos²⁴. Destes, 73,1% tiveram o “acesso con-

23 Conforme consta de relatório gerado eletronicamente pelo “Sistema Eletrônico do Serviço de Informação do Cidadão”, intitulado “Relatório de Pedidos de Acesso à Informação e Solicitantes entre maio de 2012 e junho de 2015”, em: <<http://www.acessoinformacao.gov.br/sistema/Relatorios/Anual/RelatorioAnualPedidos.aspx>>. Acesso em: 16 jul. 2015.

24 Conforme o Relatório, entre maio de 2012 e junho de 2015, houve 283.304 pedidos de acesso à informação, dos quais 281.236 foram respondidos. Dos 2068 pedidos não respondidos, 1587

cedido”, 3,4% tiveram o “acesso parcialmente concedido”, e 10% tiveram o “acesso negado”²⁵.

A principal razão de negativa de acesso foi o fato de a informação tratar de “dados pessoais” (36,4%). A negativa dos pedidos por este motivo encontra amparo no art. 31, §1º, I, da LAI, o qual dispõe que as informações pessoais relativas a intimidade, vida privada, honra e imagem devem ter seu acesso restrito “a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem”. Nestes casos, é de se presumir que as informações não foram negadas às pessoas a quem as informações diziam respeito, mas sim a terceiros.

Houve negativa para 13,6%, sob o fundamento de se tratar de “informação sigilosa de acordo com a legislação específica”. Em relação a este dado, o Relatório menciona expressamente os casos “do sigilo fiscal e do sigilo bancário”. Ainda, relata-se que 8,3% dos pedidos foram negados por se tratar de “informação sigilosa classificada conforme a Lei 12.527/2011”²⁶. O art. 5º, XXXIII dispõe que a autoridade administrativa pode negar-se a fornecer informação “cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

As hipóteses de sigilo consoante legislação específica merecem atenção. Em que pese entendamos salutar o procedimento previsto na LAI, ainda existirá ampla gama de casos em que o cidadão somente conseguirá as informações que pleiteia mediante petição ao Judiciário. Apesar do esforço legislativo, somente do Judiciário se espera a imparcialidade necessária para que se tutelem com efetividade os direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

Por exemplo, em solicitação de acesso à informação, (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2012) com base na Lei nº

estariam em tramitação fora do prazo estabelecido pela LAI (o prazo é de 20 dias conforme dispõe o §1º do art. 11 dessa Lei) e 481 estariam em tramitação, mas ainda dentro do prazo legal.

25 Já os demais pedidos tiveram como resposta que se trata de “informação inexistente”, ou que “não se trata de solicitação de informação”, ou que “órgão não tem competência para responder sobre o assunto”, ou ainda que se trata de “pergunta duplicada/repetida”.

26 Os arts. 27 a 30 da LAI dispõem sobre os procedimentos de classificação, reclassificação e desclassificação de informações sigilosas.

12.527/2011, em que se requereu ao Ministério da Fazenda acesso ao RPF, respondeu o Ministério que “[o] RPF e suas informações não podem ser fornecidos ao recorrente em razão de serem protegidos por sigilo fiscal, nos termos do art. 198, caput, do CTN, e em conformidade com o art. 22 da Lei nº 12.527/11 e com o art. 6º, I, do Decreto nº 7.724/12”. Em recurso à Controladoria-Geral da União, nos termos do art. 24 do Decreto nº 7.724/12, considerou-se acertada a “negativa de acesso” ao RPF, ressaltando-se, inobstante, que “nos termos do art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.527/2011” deveria ser dado ao contribuinte “acesso ao conteúdo do campo MOTIVAÇÃO do referido documento”.

Ora, é de se reconhecer que, mormente após a decisão do Supremo no RE 673.707/MG, teria o contribuinte amplas chances de ter seu direito ao acesso ao RPF assegurado mediante o *habeas data*²⁷. Mesmo à luz da LAI, deve-se admitir que tal tutela seria assegurada pelo Judiciário, o que já foi, aliás, ainda que *obiter dictum*, reconhecido pelo STJ, para o qual seria “possível, nos termos da superveniente Lei n. 12.527/2011, o acesso às informações constantes do Registro de Procedimento Fiscal – RPF”²⁸.

Não por outra razão, deve-se garantir que as decisões finais sobre sigilo de informações caibam, não ao arbítrio do órgão público que detém a informação, mas à decisão fundamentada da autoridade judiciária (BARROSO, 1998, p. 213; DALLARI, 2002, p. 249). A decisão do Supremo no RE 673.707/MG deve ser considerada apenas um primeiro passo no longo caminho a ser percorrido para que haja efetivo controle social sobre os atos da administração pública. Até o momento, encontra-se o contribuinte em estado ainda muito incipiente na exigência da reciprocidade que lhe é de direito. É incontestado o distanciamento frente à “relação aprimorada”

27 Embora este direito tenha sido negado pelo STJ, anteriormente à decisão do Supremo, sob o refutado argumento de que se trataria de “documento de uso privativo da Receita Federal”, que “não tem caráter público nem pode ser transmitido a terceiros” (STJ, REsp nº 1.411.585/PE, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 05 de agosto de 2014).

28 STJ, REsp nº 1.411.585/PE, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 05 de agosto de 2014.

apregoadada pela OCDE.

O que se espera da administração pública, por outro lado, é que acompanhe o avanço da jurisprudência dos tribunais em matéria de transparência estatal. Idealmente, conforme se expôs, deve-se promover a conscientização no âmbito da própria administração pública em relação aos direitos dos jurisdicionados, poupando-lhes a necessidade de recurso ao Judiciário para que tenham suas garantias individuais asseguradas. Nas hipóteses em que a tutela administrativa falhar, contudo, cumprirá ao administrado recorrer ao Judiciário, seja com fulcro na própria LAI, seja pela via do *habeas data*, conforme o caso. De qualquer forma, não pode mais o Executivo se recusar a tutelar direitos que o Legislativo e o Judiciário houveram por bem proteger, sob pena, inclusive, de responsabilidade funcional do agente público que assim proceder (LAI, art. 32 e ss).

Afinal, a transparência dos atos do Estado permite que se garanta a previsibilidade necessária à promoção da igualdade. Dado que as leis são gerais e indeterminadas, elas desconsideram aspectos particulares, advindos de tomadas de decisões em casos subsequentes. Somente com a aplicação da lei, isto é, quando a “impossibilidade da consideração de circunstâncias individuais se transforma em possibilidade”, é que se permite “moldar a lei à riqueza detalhada da experiência” (ÁVILA, 2009, p. 80-81).

Não há motivos para que os critérios do exame de tal riqueza de detalhes permaneça sob sigilo. Assim, o acesso a informações sobre o tratamento conferido a outros contribuintes em situação semelhante pode ser essencial para que se assegure a igualdade. Em que pese o valor das operações praticadas por outro contribuinte seja, invariavelmente, objeto de sigilo, é necessário que se garanta amplo acesso às informações sobre os critérios que motivaram a tomada de decisão por parte da administração tributária. Tal constatação, além de levar à óbvia conclusão acerca da importância da jurisprudência administrativa, deve ser encarada em sentido mais amplo, para que se evidencie a importância também da transparência de critérios na

concessão de regimes especiais e de outros atos administrativos cujos fundamentos sejam aplicáveis a terceiros.

Nesse sentido, tem-se por salutar a regulamentação das soluções de consulta relativas à interpretação da legislação tributária e aduaneira e à classificação de serviços, intangíveis e outras operações que produzam variações no patrimônio, perante a RFB, veiculada pela IN nº 1.396/13. Além de contemplar o efeito vinculante da consulta no âmbito da Receita Federal, que garante aplicação isonômica do entendimento aos contribuintes, a IN nº 1.396/13, com referência expressa à Lei de Acesso à Informação, garantiu a publicidade da fundamentação jurídica das soluções, excluindo-se dados que pudessem levar à identificação do consulente ou de outros sujeitos passivos.

4. CONCLUSÃO

Quando da promulgação da Constituição de 1988, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins lamentaram que o constituinte não tivesse se aproveitado da ocasião para construir um contrapeso eficaz “à utilização da Informática pelo Estado moderno” (1989, p. 366-367). Anteviram os juristas que, ausentes instrumentos adequados, seria extremamente difícil a nossas Instituições conter a ampliação do poder estatal sobre o indivíduo. No entanto, se renunciaram o problema, também delineararam a solução, que passaria por “uma interpretação jurisprudencial construtiva, assim como por uma legislação ordinária ampliativa” (1989, p. 366).

O cenário desenhado pelos autores encontra-se posto. Oneando o contribuinte com os mais diversos deveres instrumentais, o Estado equipou-se de enormes bancos de dados, sem que houvesse preocupação com a correspondente garantia da transparência das informações neles contidas. Para que se construíssem tais registros, houve incursão gradativa na esfera privada dos indivíduos, sob os mais diversificados discursos, sendo a transparência e o combate ao abuso os argumentos mais facilmente acatados no contexto presente. A transparência estatal, por sua vez, foi obstada sob inaceitáveis

fundamentos, evocando-se desde suposta ausência de previsão legal até a onerosidade que a tutela de direitos implicaria aos cofres públicos para se afastar a transparência do Estado.

No Brasil, a resposta do Legislativo e do Judiciário foi tardia e ainda se encontra longe da garantia necessária à reciprocidade. O que se observou a princípio foi um obscurecimento completo da tutela do direito à informação no âmbito dos tribunais brasileiros, que, por longos anos, recusaram-se a garantir a transparência estatal em seu aspecto mais essencial, que é a garantia do cidadão de acessar informações sobre ele próprio.

A postura mais recente do STF frente ao habeas data e o advento da LAI, contudo, consertaram os ares de retrocesso que marcavam nossa jurisprudência, tendo-se conferido novo alento à expectativa de construção de um Estado mais transparente. Apesar da guinada, nota-se que o caminho ainda é longo e o tema demanda permanente monitoramento.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walter de Moura. Habeas data. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al (Org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, Almedina, Série IDP, 2013.

ALBERS, Marion. *Informationelle Selbstbestimmung*. Baden-Baden: Nomos, 2005.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Habeas data*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BAKER, Philip; PISTONE, Pasquale. General Report. *Cabiers de Droit Fiscal International*. Basel, vol. 100A, IFA, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas. In: WAMBIER, Teresa Arruda (Org.). *Habeas Data*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1998, pp. 202-221.

BASTOS, Celso Ribeiro. Habeas Data. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Habeas Data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 83-93.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2º vol. São Paulo: Saraiva, 1989.

BOTTALLO, Eduardo Domingos; CARRAZZA, Roque Antonio. Habeas Data, Licitude da Prova e Direitos dos Administrados. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 10,

pp. 113-119, 2004.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Relatório sobre a Implementação da Lei nº 12.527/2011: Lei de Acesso à Informação*. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.acaoainformacao.gov.br/central-de-conteudo/publicacoes/arquivos/relatorio-2-anos-lai-web.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2015

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Nota Técnica 16853.006354/2012-17*. Brasília, decidido em 11 de setembro de 2012.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Os "writs" na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O habeas data no sistema jurídico brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 97, pp. 239-253, 2002.

DECOMAIN, Pedro Roberto. O "habeas data". *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 87, pp. 121-154, 2010.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI; Soraya. *Curso de Processo Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DOTTI, René Ariel. O Direito ao esquecimento e a proteção do habeas data. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Habeas data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 290-320.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GARCIA, Maria. Habeas data. O direito à informação. O direito fundamental à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas. Um perfil constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 36, pp. 115-134, 2001.

GOVERNO FEDERAL. *Relatório de Pedidos de Acesso à Informação e Solicitantes entre maio de 2012 e junho de 2015*. Disponível em: <<http://www.acaoainformacao.gov.br/sistema/Relatorios/Anual/RelatorioAnualPedidos.aspx>>. Acesso em: 16 jul. 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro; LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. O Habeas Data no direito brasileiro – retrospectiva crítica da doutrina e da jurisprudência. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Habeas data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 246-290.

MEIRELLES, Hely Lopes; MENDES, Gilmar Ferreira; WALD, Arnoldo. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 36ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O habeas data Brasileiro e a sua Lei regulamentadora. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Habeas data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 124-147.

NOJIRI, Sérgio. O habeas data e o direito à autodeterminação informativa. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Habeas data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 356-371.

OECD, *Taxpayers' Rights and Obligations – a Survey of the Legal Situation in OECD Countries*, publicado em 27 de abril de 1990.

PACHECO, José da Silva. *Mandado de Segurança: e outras Ações Constitucionais Típicas*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira. O segredo de estado e as limitações ao habeas data. *Revista dos Tribunais*, v. 91, n. 805, Nov. 2002, pp. 34-59.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

VALDERRAMA, Irma Mosquera; MAZZ; Addy, SCHOUERI, Luís Eduardo; QUIÑONES, Natalia; ROELEVELD, Jennifer; PISTONE, Pasquale; ZIMMER, Frederik. The rule of law and the effective protection of taxpayers' rights in developing countries. *WU International Taxation Research Paper Series*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3034360>. Acesso em: 16 abr. 2018.

SOARES, André Mattos. Uma revisita ao habeas data. *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 106, p. 25-38, 2012.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TONELLI JÚNIOR, Renato Adolfo. O Procedimento de Troca de Informações em Matéria Tributária Adotado pela Administração Tributária Brasileira e a Violação da Cláusula *Due Process of Law*. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 33, pp. 359-388, 2015.

WALD, Arnoldo; FONSECA, Rodrigo Garcia da. O *Habeas Data* na Lei 9.507/97. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Habeas data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 13-32.

O SIGILO FISCAL: ENTRE A REGRA CONSTITUCIONAL E A NÃO-EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS CONTRIBUINTES PELO STF

Martha Leão

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar o tema do sigilo fiscal a partir de duas perspectivas: de um lado, da forma como este direito fundamental foi assegurado pela Constituição de 1988 e, de outro lado, da forma como esta disposição constitucional foi interpretada pelo Supremo Tribunal Federal. Mais explicitamente, o que se pretende é criticar a interpretação adotada pelo Tribunal no sentido de relativização do direito assegurado constitucionalmente a partir da influência de parâmetros e institutos internacionais, como a teoria do dever fundamental de pagar tributos e os *standards* determinados por institutos internacionais como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – (OCDE). O trabalho centra-se, por esta razão, na interpretação a ser conferida ao artigo 5º, inciso XII, que assim disciplina:

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:

(...) 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