



**UNIFACS**

UNIVERSIDADE SALVADOR

LAUREATE INTERNATIONAL UNIVERSITIES

**UNIVERSIDADE SALVADOR**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**MARIANA MATTOS DANTAS**

**SIGILO BANCÁRIO/FISCAL E A SEGURANÇA JURÍDICA**

Salvador

**Confeccionada em 2012**  
**Atualizada em 2015**

**MARIANA MATTOS DANTAS**

**SIGILO BANCÁRIO/FISCAL E A SEGURANÇA JURÍDICA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Universidade Salvador, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Raimundo Andrade

## RESUMO

O regramento legal acerca do obtenção das informações resguardadas pelo sigilo bancário pelo Fisco está previsto nos arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, todavia, esta norma é alvo de cinco Ações Diretas de Inconstitucionalidade pendentes de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. Verifica-se a presença de interesses contrapostos, de um lado o direito à intimidade, privacidade, sigilo de dados, postulado da reserva da jurisdição e devido processo legal e de outro, o poder dos entes de tributação, com o fito de promover adequada fiscalização. Ante este todas as polêmicas ao derredor do assunto, requer o presente trabalho pesquisar sobre a natureza jurídica do sigilo bancário, o seu sentido e o alcance, , bem assim, o exame da constitucionalidade dos arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Ao fim da pesquisa, conclui-se que quando o Fisco determina a quebra do sigilo bancário, sem a autorização do Poder Judiciário, estar-se-ia diante de uma afronta de direitos fundamentais assegurados ao contribuinte, afinal, a Lei Maior prevê o *princípio da inafastabilidade da jurisdição*. Portanto, quando o fisco toma tal atitude mediante processo administrativo fiscal, porém sem a devida intervenção do órgão equidistante – Poder Judiciário- estar-se-ia ferindo a CF, especificamente o citado postulado. Outro argumento é a imparcialidade do juiz, fazendo a devida distinção com a neutralidade. Pois o que se exige do julgador não é esta última, porque seria impossível seu cumprimento, mas sim a primeira. Pelo fato de que o direito ao sigilo bancário não está presente de forma expressa na CF/88, seu *status* constitucional depende necessariamente de interpretação. A doutrina e jurisprudência majoritária entendem que o instituto é um direito fundamental porque se trata de um desdobramento do direito à privacidade. À outro giro, posicionam-se outros autores, com entendimento minoritário, no sentido de que os dados econômicos não integram o objeto dos direitos da personalidade, dos quais o direito à privacidade é um exemplo. Então, conclui-se que o sigilo bancário não absoluto, como nada no ordenamento jurídico é, podendo ser relativizado, mediante determinação do Poder Judiciário, o qual deverá se valer do princípio da proporcionalidade para solucionar o caso.

**Palavras-chave:** Sigilo bancário; privacidade; intimidade; proteção constitucional; relatividade do sigilo bancário; quebra de sigilo bancário.

### LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC	Ação Cautelar
ADin	Ação Direta de Inconstitucionalidade
art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
Dec.	Decreto
LC	Lei Complementar
Min.	Ministro
MP	Ministério Público
MS	Mandado de Segurança
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal de Regional Federal

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	13
1.1	TEMA E PROBLEMA	13
1.2	OBJETIVOS	14
1.3	JUSTIFICATIVA	15
1.4	METODOLOGIA	16
1.5	ESTRUTURA DA MONOGRAFIA	16
<b>2</b>	<b>SIGILO BANCÁRIO</b>	18
2.1	EVOLUÇÃO HISTÓRICA	18
2.2	CONCEITO	19
	<b>2.2.1 Sigilo Financeiro e sigilo fiscal. Diferenciação dos institutos</b>	22
2.3	TEORIAS SOBRE O FUNDAMENTO DO SIGILO BANCÁRIO	22
	<b>2.3.1 Teoria do uso ou consuetudinária</b>	23
	<b>2.3.2 Teoria do contrato ou contratualista</b>	23
	<b>2.3.3 Teoria da responsabilidade civil ou extracontratual</b>	24
	<b>2.3.4 Teoria da lei ou legalista</b>	24
	<b>2.3.5 Teoria da boa-fé</b>	24
	<b>2.3.6 Teoria do segredo profissional</b>	25
	<b>2.3.7 Teoria do direito à intimidade dos bancos</b>	25
	<b>2.3.8 Teoria do direito de personalidade</b>	26
2.4	O SIGILO BANCÁRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO	27
2.5	ESTRUTURA DO SIGILO BANCÁRIO	29
<b>3</b>	<b>SIGILO BANCÁRIO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b>	32
3.1	FUNDAMENTOS DA RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	32
3.2	SIGILO BANCÁRIO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À INTIMIDADE	

E À PRIVACIDADE	34
3.3 SIGILO BANCÁRIO E O DIREITO FUNDAMENTAL À INVIOLABILIDADE DE DADOS	44
3.4 RELATIVIDADE DO SIGILO BANCÁRIO	47
<b>3.4.1 A quebra do sigilo bancário e o princípio do devido processo legal</b>	<b>50</b>
<b>3.4.2 A quebra do sigilo bancário e o princípio da proporcionalidade</b>	<b>53</b>
<b>4 SIGILO BANCÁRIO E O SISTEMA NACIONAL</b>	<b>56</b>
4.1 PRINCÍPIO DA ISONOMIA TRIBUTÁRIA	57
4.2 PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA	59
<b>5 ÓRGÃOS COMPETENTES PARA DETERMINAR A QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO</b>	<b>62</b>
5.1 PODER JUDICIÁRIO	63
5.2 COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO	64
5.3 PODER LEGISLATIVO	67
5.4 MINISTÉRIO PÚBLICO	70
5.5 ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA	75
<b>6 CONCLUSÃO</b>	<b>90</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>95</b>

## 1.1 TEMA E PROBLEMA

O tema do sigilo bancário possui ligações com diversos ramos do direito, sendo as principais: Direito Constitucional, pois a previsão do art. 5º, X, da CF/88 lhe dá *status* de garantia constitucional com fundamento no direito à privacidade; o Direito Civil por conta da responsabilidade civil dos pelos danos causados pela divulgação indevida; o Direito Penal que tipifica como crime a sua violação indevida; e o Direito Tributário, devida a importância das informações bancárias para as atividades das administrações tributárias.

No entanto, na presente monografia o que se pretende discutir é a constitucionalidade das transferências de informações resguardadas pelo sigilo bancário para o Fisco sem a necessidade de autorização judicial, analisando a questão sob o enfoque da segurança jurídica do contribuinte, isto é, se diante de tal autorização seriam violados direitos fundamentais do contribuinte.

O sigilo bancário surgiu com o desenvolvimento das atividades bancárias, como afirma Abrão<sup>1</sup> por ser afeto à atividade bancária o caráter de discricionariedade, dele não é possível separar, salvo quando se pretenda proteger o bem comum e a ordem pública, em hipóteses previstas expressamente previstas em lei.

Inicialmente revestia-se de cunho sagrado, surgiu dentro do próprio templo. Tal característica sigilosa foi observada em toda Idade Média e consolidou-se atualmente como convenção tácita entre banco e cliente e não apenas em decorrência de sua natureza.

Conforme Chinen<sup>2</sup> “o tratamento dado ao sigilo bancário varia de acordo a importância que se atribua a fatores como segurança da econômica nacional, privacidade, relação entre bancos e clientes, entre outros”.

No Brasil, o tema é tratado na legislação infraconstitucional, mas também é resguardado pela Constituição Federal por se tratar de um aspecto do direito à intimidade.

A previsão legal do acesso aos dados protegidos pelo sigilo bancário pela administração tributária está na Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001,

---

<sup>1</sup> ABRÃO, Nelson. **O sigilo bancário e direito falimentar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.p.51.

<sup>2</sup> CHINEN, Roberto Massao. **Sigilo Bancário e o Fisco: liberdade ou igualdade?**Curitiba: Juruá, 2005. p.15.

entretanto, esta lei é objeto de cinco Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADIs nº 2.386, 2.389, 2.390, 2.397 e 2406, pendentes de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

## 1.2 OBJETIVOS

Propõe-se a pesquisa a analisar a natureza jurídica do sigilo bancário, suas limitações, bem como ao exame da constitucionalidade dos arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, que tratam sobre a possibilidade de repasse de informações abrangidas pelo sigilo bancário à administração tributária.

## 1.3 JUSTIFICATIVA

A abrangência do tema e a não uniformidade da jurisprudencial e doutrinária já são razões suficientes para a escolha do tema para trabalho acadêmico, porém a referida lei complementar inseriu algumas modificações, dentre elas, sendo o ponto mais polêmico, sem dúvida, é a possibilidade de a administração requisitar informações as instituições bancárias sem a necessidade de autorização judicial.

De acordo com Carvalho<sup>3</sup>, não há reconhecimento expresso na Constituição Federal do sigilo bancário, no entanto, o instituto assume natureza de direito fundamental, sempre que proteger informações bancárias, cuja informação possa lesar o direito à privacidade de alguém.

Porém, há que se ressaltar que esse segredo não possui caráter absoluto, e deve ceder diante do interesse público, do interesse da justiça e do interesse social, impedindo, dessa maneira, o seu exercício de forma abusiva, de modo a acobertar e tornar impunes condutas contrárias a Constituição Federal ou desconsiderar outros direitos fundamentais que entrem em rota de colisão com este.

Argumenta-se que o sigilo bancário só pode sofrer restrições desde que obedecido o princípio devido processo legal que constitui um freio à arbitrariedade e ao poder discricionário, por outro lado, há outra corrente doutrinária que defende que não há violação a tal princípio, pois deve-se instaurar um processo administrativo

---

<sup>3</sup> CARVALHO, Márcia Haydeé Porto de. **Sigilo Bancário** à luz da doutrina e jurisprudência. Curitiba: Juruá. 2007.p. 16.

fiscal para a quebra do sigilo e que os exames das informações financeiras e bancárias devem ser considerados indispensáveis pela autoridade competente e, ainda, uma vez obtida a informação bancária, a autoridade fiscal deve guardá-la em sigilo, sob pena de responsabilidade administrativa, civil e penal.

Para aqueles que entendem que a quebra do sigilo bancário apenas pode ocorrer mediante autorização do Poder Judiciário, cabe a este deve realizar o sopesamento dos interesses em causa através da aplicação do princípio da proporcionalidade. Devem-se avaliar os direitos em confronto e decidir no sentido de causar a menor restrição possível ao direito mitigado em decorrência dessa medida.

Ante o exposto, observa-se uma discussão riquíssima da colisão de interesses, sendo apresentada uma amostra das principais variáveis envolvidas que devem estudadas, o que torna transparente a sua relevância jurídica.

#### 1.4 METODOLOGIA

Pelo fato da matéria tratar de temas polêmicos não há espaço para demonstrações fundadas de certeza e lógica cartesiana, assim a primeira premissa metodológica é a busca da clareza.

Utilizar-se-á os seguintes tipos de pesquisa: a bibliográfica, pois serão usados livros, artigos científicos e outras publicações em geral e documental porque serão estudadas leis, repertórios de jurisprudência, sentenças, contratos, anais legislativos, pareceres etc., e por fim, também será empregada a pesquisa jurídica – tanto a científica e a dogmática.

#### 1.5 ESTRUTURA DA MONOGRAFIA.

Para o cabimento das ideias centrais do tema esse trabalho é dividido em seis capítulos. O primeiro, esta introdução, onde se faz a apresentação do tema. O segundo, discorre-se sobre a origem, o conceito e as teorias que existem acerca do sigilo bancário, essencial para a compreensão do tema na atualidade, o sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro, expondo jurisprudência selecionada acerca do assunto e a estrutura do sigilo bancário, examinando a natureza jurídica, os sujeitos e

o objeto. No capítulo seguinte, tratar-se-á da exposição dos direitos fundamentais à intimidade, privacidade e inviolabilidade de dados. Nesses três capítulos serão abordados seus conceitos e aplicabilidade de acordo com a jurisprudência e doutrina. No quinto, os órgãos competentes para determinar a quebra do sigilo bancário. E por fim, no último capítulo, expõe-se a síntese conclusiva do assunto.

## **2 SIGILO BANCÁRIO**

## 2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Os autores Sergio Covello<sup>4</sup> e Nelson Abrão<sup>5</sup> compartilham do entendimento de que o sigilo bancário existiu desde os albores da atividade bancária, fez-se presente nos templos da antiguidade. A confidencialidade, para esses autores, surgiu com o próprio despontar das atividades bancárias por conta da inerente discricção da atividade, salvo em casos excepcionais.

Segundo Sergio Carlos Covello<sup>6</sup>, “ a atividade bancária passou por três fases fundamentais: a embrionária, a institucional e a capitalista”.

Consoante o autor acima citado, a fase embrionária abrange toda a antiguidade babilônica, hebreia, egípcia e Greco-romana. A fase institucional compreende a Idade Média, e a capitalista vai da Renascença aos dias atuais. Dessa forma, será feita, no presente item, uma abordagem sintética sobre as origens do sistema bancário com base no minucioso estudo do autor.

A notícia mais remota a respeito da quebra do sigilo bancário foi encontrada no Código de Hamurabi, rei da Babilônia, o qual mencionava a possibilidade que tinha o banqueiro de desvendar seus arquivos em caso de conflito com o cliente. Neste período, a atividade bancária tinha conotação mística e era desenvolvida pelo Estado, dentro de templos, com conotação de caráter sagrado<sup>7</sup>.

No entanto, no século VI a. C, a atividade bancária passou para as mãos dos civis.

Na Grécia, surgiu como profissão.

Em Roma, no século III a.C, os banqueiros já possuíam sistema de escrituração contábil. Já era dispensado tratamento sigiloso aos livros, apenas sendo obrigatória sua demonstração em caso de litígio entre o banqueiro e o cliente, perante a justiça, porém somente era preciso mostrar parte da conta necessária para construir a prova.

Os banqueiros exerciam um *munus publicum*, valendo a sua escrita *erga omnes*, pela fé que lhe depositavam.

---

<sup>4</sup> COVELLO, Sergio Carlos. **O sigilo bancário**: com particular enfoque na sua esfera civil. 2. Ed. São Paulo: Leud, 1991.p.19.

<sup>5</sup> ABRÃO, Nelson. Op. Cit., p.55.

<sup>6</sup> COVELLO, Sergio Carlos. Op. Cit., p.8.

<sup>7</sup> ABRÃO, Nelson. Op. Cit., p.8.

Foi dentro desse contexto, que o sigilo consolidou-se como norma de conduta e desenvolveu nos cidadãos a consciência de que as operações bancárias deveriam ser apenas de conhecimento das partes envolvidas.

Todavia, apenas em 1147, é que a atividade bancária organizou-se como empresarial, quando foi criado o Banco de São Jorge. Nesta época, os funcionários já deveriam jurar manter o sigilo de tudo o que soubessem sobre os documentos da instituição ou de seus clientes.

Conforme Nelson Abrão<sup>8</sup>:

O primeiro banco foi fundado na fase colonial, aos 12.10.1808, com o nome de Banco do Brasil. Em 02.07.1851, através do Decreto 801, de 02.07.1851, foram aprovados os estatutos do Banco do Brasil, o segundo a operar efetivamente com esse nome. Em 31.08.1853, fundiu-se com o Banco Comercial, sob a denominação de Banco de Brasil, constituindo-se no terceiro com esse nome.

Diante do exposto, percebe-se, então, que o sigilo bancário, no Brasil, deixou de ser um costume e passou a ter uma previsão legislativa.

## 2.2 CONCEITO

Inicialmente, a origem etimológica da palavra sigilo vem do latim *sigillum* que significa marca, selo, sinete de selar, em sua gênese já há uma ideia de algo que está sob selo<sup>9</sup>.

Na doutrina, várias são as definições do instituto em estudo elaboradas pelos estudiosos do tema, não há uma posição uniforme.

Nelson Abrão<sup>10</sup> define-o como:

Destarte, o sigilo bancário se caracteriza como sendo a obrigação do banqueiro- a benefício do cliente- de não revelar certos fatos, atos, cifras ou outras informações de que teve conhecimento por ocasião do exercício de sua atividade bancária e notadamente aqueles que concernem a seu cliente, sob pena de sanções muito rigorosas, civis, penais ou disciplinares.

Nas palavras de José Cretella Júnior<sup>11</sup>:

---

<sup>8</sup>ABRÃO, Nelson. Op. Cit., p.13-14.

<sup>9</sup>GUIMARÃES, Torrieri Deocleciano (Org). **Dicionário compacto jurídico**. 15. ed. São Paulo: Rideel, 2011.

<sup>10</sup> ABRÃO, Nelson. Op. Cit., p.13-14.p.11.

<sup>11</sup>CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários a Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. p. 268.

[...] é a liberdade de não emitir o pensamento, senão para um, ou para emitir o pensamento apenas para um.

Para Sergio Covello<sup>12</sup>, “o sigilo bancário é a obrigação que têm os bancos de não revelarem, salvo justa causa, as informações que venham a obter em virtude de sua atividade profissional”.

Arnold Wald<sup>13</sup> em um conceito mais amplo, esclarece que:

O sigilo bancário consiste na obrigação de discrição imposta aos bancos e aos seus funcionários, em todos os negócios dos seus clientes, abrangendo o presente e o passado, os cadastros, a abertura e o fechamento das contas e sua movimentação.

Por sua vez, Folmann<sup>14</sup> tem que o direito ao sigilo constitui um desdobramento do direito de liberdade, ou seja, uma liberdade negativa que se traduz no direito de não dizer o que sabe, de não transmitir o pensamento, de não ter divulgadas informações que a si dizem respeito, pois se trata de uma parcela mais particular, e neste sentido, o sigilo relaciona-se com a intimidade e privacidade.

Do cotejo das definições acima apresentadas conclui-se que do direito ao sigilo bancário, decorre, em contrapartida, do dever do sigilo bancário da instituição bancária. Atinge não só conta bancária, mas também outros dados ou informações de clientes e terceiros conhecidos por um banco como consequência da relação comercial estabelecida entre este e o cliente, não sendo absoluto e pode ser excepcionado em justificadas hipóteses, como será visto mais adiante<sup>15</sup>.

### 2.2.1 Sigilo financeiro e sigilo fiscal. Diferenciação dos institutos

---

<sup>12</sup> COVELLO, Sergio Carlos. Op. Cit., p.86.

<sup>13</sup>WALD, Arnoldo. O sigilo bancário no projeto de lei complementar de reforma do sistema financeiro e na lei complementar n. 70. **Cadernos de Direito tributário e Finanças Públicas**. São Paulo: RT, v.1. out/dez.p.199.

<sup>14</sup>FOLMANN, Melissa. **Sigilo bancário e fiscal**: à luz da lei complementar 105/2001 e do decreto 3.724/2001. Curitiba: Juruá. 2001.p. 49.

<sup>15</sup> ROQUE, Maria José Oliveira Lima. **Sigilo Bancário e o Direito à Intimidade**. Curitiba: Juruá, 2001.p.85.

Apesar da similitude no nome, são institutos completamente distintos. De acordo com Juliana Belloque<sup>16</sup>, o sigilo financeiro incorpora-se ao direito geral à intimidade, consagrado, de forma expressa, na CF/88 no art. 5º, X, ao passo que, o sigilo fiscal possui amparo no art. 198, CTN<sup>17</sup>. Incumbe à Fazenda Pública e seus agentes o dever de conservação de sigilo sobre as informações acerca da situação econômica ou financeira dos contribuintes, ou de terceiros, bem assim à natureza e ao estado de seus negócios e atividades.

Assevera Aliomar Baleeiro<sup>18</sup> que o sigilo fiscal cabe às pessoas políticas de direito público, às autoridades, na qualidade de seus órgãos, e aos seus funcionários, agentes públicos técnicos.

Ressalte-se, dessa forma, a primeira grande diferenciação entre os institutos: o sujeito ativo do dever de sigilo. Consoante o art. 1º, §§§1º, 2º e 3º, da LC 105/01, o sigilo deve ser mantido pelas instituições financeiras, pelas empresas de *factoring*, pelo Banco Central do Brasil e Comissão de Valores Mobiliários.

Dessa forma, a Administração Fazendária é um terceiro em relação no às informações agasalhadas pelo sigilo bancário, em outras palavras, seria um estranho no elo de confiança estabelecido entre o contribuinte (sujeito titular do direito à intimidade) e o profissional da área financeira, sendo necessário, portanto, para o seu acesso, prévia decisão judicial.

### 2.3 TEORIAS SOBRE O FUNDAMENTO DO SIGILO BANCÁRIO

Por ser um tema controvertido, há diversas teorias com o fito de fundamentar o sigilo bancário e são vários fatores que alimentam as divergências doutrinárias. De acordo com Roberto Massao Chinen<sup>19</sup>, pode-se afirmar que o que gera tais discussões, inicialmente, é a falta de legislação sobre o assunto, a qual era a situação brasileira, obrigando os doutrinadores e os juristas a se posicionarem nos costumes e

---

<sup>16</sup>BELLOQUE, Juliana Garcia. **Sigilo bancário**: análise crítica da LC 105/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.82.

<sup>17</sup> Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

<sup>18</sup>BALEIRO, Aliomar, Direito Tributário Brasileiro, 11º Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 189.

<sup>19</sup> CHINEN, Massao. Op. Cit., p.24.

no direito comparado. E em segundo lugar, há a questão dos múltiplos interesses envolvidos, que podem ser polarizados entre o privado e o coletivo.

Feitas essas observações, impõe-se analisar cada uma delas.

### **2.3.1 Teoria do uso ou consuetudinária**

Para seus adeptos, o sigilo bancário é um dever jurídico e uma prática consolidada, cumprida pelos bancos, que surgiu a partir dos primeiros estatutos bancários e cuja obrigatoriedade integrou-se à consciência coletiva<sup>20</sup>.

Conforme Chinen<sup>21</sup>:

Baseia-se na consideração de que a observância do segredo representou uma constante da atividade bancária, constituindo assim um costume tradicional e universalmente aceito pelos bancos de manter reserva sobre os negócios seus clientes e, em geral, sobre suas relações com o público. [...] Diversas críticas são tecidas contra a teoria consuetudinária. Ao confinar o segredo bancário ao âmbito do direito privado não se segue a evolução das exigências sociais, já que a natureza privada proposta não garante justiça dos mesmos interesses privados dos clientes. Além disso, no sistema atual de fontes de direito, o costume encontra-se em posição subordinada à lei [...]. Outra grave insuficiência dessa tese repousa no fato de que, por sua própria formulação, não se preocupa em precisar o objeto ou o limite de comportamento imposto pelo uso, não assinala a esfera normativa de eficácia nem seu limite de aplicação.

### **2.3.2 Teoria do contrato ou contratualista**

Segundo Sérgio Carlos Covello<sup>22</sup>, é a teoria que possui maior número de adeptos, tem como fundamento que o sigilo bancário é o contrato que se estabelece entre banco e cliente.

Os defensores da tese argumentam que em todo contrato bancário, a par da obrigação principal, existe uma acessória a cargo do estabelecimento bancária, que consiste em manter segredo os dados dos clientes, bem como suas operações por meio de uma cláusula implícita, tácita.

A crítica que o mencionado autor faz é que os bancos, raramente, assumem de maneira clara a obrigação de segredo. Os formulários da contratação bancária não abrigam nenhuma condição nesse sentido. Ademais, essa teoria mostra-se falha, pois

---

<sup>20</sup> CARVALHO, Márcia Haydeé Porto de. Op. Cit., 89.

<sup>21</sup> CHINEN, Massao. Op. Cit., p.25.

<sup>22</sup> COVELLO, Sergio Carlos. Op. Cit., p.98.

não explica o sigilo que o banco deve manter mesmo que o contrato não chegue a se consumir, o que ocorre com muita frequência na prática bancária. Além disso, não esclarece o dever de sigilo para com terceiros estranhos à relação jurídica das partes, assim como, não entrevê nenhum contrato entre cliente e os auxiliares do banco, afinal esses tomam conhecimento dos segredos repassados às instituições financeiras.

### 2.3.3 Teoria da responsabilidade civil ou extracontratual

Segundo Covello<sup>23</sup>, também é conhecida como teoria delitual ou do ato ilícito, consiste em perquirir a base do sigilo bancário na responsabilidade civil do banco, isto é, no dever geral de não prejudicar outrem, sob pena de reparação pelo dano. O segredo, portanto, é considerado como um interesse do sujeito, cuja revelação provoca dano, sujeitando o infrator a sanções reparatórias.

Todavia, a teoria em foco sofre condenações. Os autores Paulo Quezado e Rogério Lima<sup>24</sup> a criticam pois seu fundamento traz a ideia de permanência e não transitoriedade. Utilizando-se das palavras dos citados autores:

Extraír a razão de ser do sigilo bancário no dever do banqueiro em resguardar os dados secretos de seus clientes, sob o medo da responsabilidade civil, é o mesmo que fundamentar o Direito em seus aspectos negativo e passageiro, em suma, na coação.

Covello<sup>25</sup> destaca que a responsabilidade civil é uma relação derivada, que só aparece quando alguém descumpre uma outra obrigação que a antecede, funcionando, assim, como sanção e instrumento de reparação do prejuízo sofrido, mas não embasa nenhum direito, exceto o direito ao ressarcimento.

### 2.3.4 Teoria da lei ou legalista

Pela óptica desta teoria, o sigilo bancário baseia-se em um dispositivo legal expresso que prevê a obrigação dos bancos de guardar sigilo sobre dados bancários, o dado artigo seria o 1º da Lei Complementar 105/01, segundo o qual, “as instituições

---

<sup>23</sup> COVELLO, Sergio Carlos. Op. Cit.,p.105.

<sup>24</sup>QUEZADO, Paulo; LIMA, Rogério. **Sigilo bancário**. São Paulo: Dialética. 2002.p.24.

<sup>25</sup>COVELLO, Sergio Carlos. Op. Cit., p.106.

financeiras conservarão sigilo em duas operações ativas e passivas e serviços prestados”.

Tal doutrina não merece prosperar uma vez que não dá o fundamento do sigilo bancário, salvo em alguns casos, nos quais esse direito não se relaciona com o direito à privacidade<sup>26</sup>.

Outrossim, Covello<sup>27</sup> dispõe que exigir lei expressa para justificar o sigilo bancário é algo que é incompatível com a realidade dos fatos. A tese em exame não pode ser invocada em países onde inexistente disposição legal específica.

### 2.3.5 Teoria da boa-fé

Os filiados a esta teoria sustentam que o sigilo bancário tem fundamento no dever de lisura e de boa-fé que os contratantes devem respeitar durante a execução dos contratos.<sup>28</sup>

Segundo Covello<sup>29</sup>, na contratação bancária, o banco assume, independentemente de estipulação expressa e somente em vista do dever de lisura de boa-fé, a obrigação de não revelar as notícias da esfera jurídica privada do cliente, de que toma conhecimento em vista da atividade que exerce.

Ainda consoante o Ilustre autor, a tese ora em estudo não explica o sigilo bancário. Inicialmente, ela não deixa de ser uma teoria contratualista, incorrendo nas mesmas falhas desta. Em segundo lugar, o dever de lisura somente pode ser invocado como fonte de obrigação em países como a Itália, em que há disposição legal expressa. Por fim, também não dá o fundamento do sigilo bancário porque não aponta o fato do qual decorre a obrigação.

---

<sup>26</sup>CARVALHO, Márcia Haydeé Porto de. Op. Cit., 91.

<sup>27</sup>COVELLO, Sergio Carlos. Op. Cit., p.106.

<sup>28</sup>CHINEN, Massao. Op. Cit.,p.26.

<sup>29</sup>COVELLO, Sergio Carlos. Op. Cit., p.125.

### 2.3.6 Teoria do segredo profissional

Como assegura Chinen<sup>30</sup>:

A teoria do segredo profissional o banqueiro é incluído em um rol de profissionais que se submetem a uma regra geral de segredo profissional. A relação que se estabelece entre o banqueiro e o cliente pressupõe a confiança recíproca, que é comum a outras relações profissionais clássicas que também depende do segredo, como a que ocorre com o médico, o advogado, o contador etc.

Na doutrina brasileira, é possível citar como adeptos a tese em comento os autores Hugo de Brito Machado<sup>31</sup> e Nelson Hungria.

O sigilo bancário é uma forma de sigilo profissional, que se impõe em face da natureza da atividade desenvolvida pelas instituições financeiras, tal qual o sigilo médico, do advogado e de outros profissionais, muito mais no interesse público, para a preservação das instituições, do que no interesse individual.

E nas palavras de Nelson Hungria<sup>32</sup>,

Na atualidade, é geralmente reconhecido que entre os confidentes necessários, legalmente obrigados à discrição, figuram os banqueiros. Notadamente nas operações de crédito, o sigilo bancário é uma condição imprescindível, não só para a segurança do interesse dos clientes do banco, como para o próprio êxito da atividade bancária.

Apesar da ampla adesão, essa doutrina não é isenta de críticas, relata Covello<sup>33</sup> que a tese em apreço ao asseverar que o sigilo bancário é sigilo profissional, ela colocaria a questão do fundamento em outra esfera, porque também em matéria de sigilo profissional existe a polêmica em torno do fundamento, pondo-se varias teorias em conflito.

### 2.3.7 Teoria do direito à intimidade dos bancos

Essa doutrina entende que o fundamento não reside na defesa do indivíduo, mas, no legítimo interesse do estabelecimento bancário em manter excluídas do

---

<sup>30</sup>CHINEN, Massao. Op. Cit.,p.27.

<sup>31</sup>MACHADO, Hugo de Brito. A quebra do sigilo bancário. **IOB- Repertório de Jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo**. São Paulo, n 9,p.249-257, mai.2001.

<sup>32</sup>HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, v. VI, p. 272-273.

<sup>33</sup> COVELLO, Sergio Carlos. Op. Cit., p.122.

conhecimento de terceiros as operações que realiza e os fatos com estas relacionados<sup>34</sup>.

A crítica reside na afirmação de que o sigilo bancário tem o objetivo de proteger a intimidade do banco, é irrefutável que o fundamento do instituto é a defesa de intimidade do indivíduo. Covello<sup>35</sup> dispõe que tal tese conflita com a natureza obrigacional do instituto, pois o banco não observa o sigilo nas operações por benevolência, mas por força de um dever que lhe impõe o silêncio.

### 2.3.8 Teoria do direito de personalidade

Conceitua Batista<sup>36</sup> que “o sigilo bancário é manifestação do direito genérico à intimidade como um dos aspectos dos direitos da personalidade.”

Para essa doutrina o sigilo bancário existe para preservar a intimidade pessoal e patrimonial da pessoa.

É o respeito à personalidade que impõe as instituições bancárias o dever de silêncio sobre os fatos de que conhecimento no exercício de suas atividades.

Covello<sup>37</sup> arremata afirmando que entende que a tese sob exame explica satisfatoriamente o fundamento do sigilo bancário. Explica que o referido instituto existe para proteger a intimidade do cidadão. Na intimidade, incluem-se tanto fatos de ordem material como de ordem espiritual, ressaltando que o patrimônio e atividade comercial constituem, indubitavelmente, projeção de sua personalidade que merecem ser preservados da indiscrição alheia.

## 2.4 O SIGILO BANCÁRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Antes de iniciar o presente item, impõe-se uma descrição do cenário legislativo concernente à matéria que era invocado pela Receita Federal como fundamento ao acesso direito as informações protegidas pelo sigilo financeiro.

---

<sup>34</sup>BATISTA, Liliane Maria Busato. **A quebra do sigilo bancário**: como meio de prova no direito processual civil brasileiro. Curitiba: Juruá, 2004.p. 34.

<sup>35</sup> COVELLO, Sergio Carlos. Op. Cit., p.123.

<sup>36</sup> BATISTA, Liliane Maria Busato. Op. Cit., p. 34.

<sup>37</sup> COVELLO, Sergio Carlos. Op. Cit., p.141.

O sigilo bancário encontra respaldo legal no país desde o Alvará de 16.12.1756, do Reino Português<sup>38</sup>.

Todavia, dispõe Quezado e Lima<sup>39</sup> que no Brasil, tem-se uma ideia de rígida proteção legal do sigilo bancário a partir do século XIX, com Código Comercial Brasileiro, lei 556/1850, que embora não tratasse do sigilo bancário diretamente, ao disciplinar o resguardo ao segredo das atividades comerciais de forma ampla, trouxe essa consciência, dispondo o seguinte em seu art. 17:

Art.17. Nenhuma autoridade, juízo ou tribunal, debaixo de pretexto algum, por mais especioso que seja, pode praticar ou ordenar alguma diligência para examinar se o comerciante arruma ou não devidamente seus livros de escrituração mercantil, ou neles tem cometido algum vício.

O STF afastou o caráter absoluto desta regra sumulando que a exibição dos livros comerciais pode ser requerida como medida preventiva e que estão sujeitos à fiscalização tributária, ou previdenciária, quaisquer livros comerciais, limitando o exame aos pontos objeto da investigação<sup>40</sup>, conforme súmulas 390 e 439, abaixo transcritas:

Súmula 390. A exibição judicial de livros comerciais pode ser requerida como medida preventiva.

Súmula 439. Estão sujeitos à fiscalização tributária ou previdenciária, quaisquer livros comerciais, limitado o exame aos pontos objeto da investigação.

A Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, conhecida como Lei do Sistema Financeiro Nacional permitiu, expressamente, ao Judiciário, ao Legislativo, às CPIs e ao Executivo, através dos agentes fiscais do Ministério da Fazenda, a quebra do sigilo bancário, observando determinadas condições legais. Pela primeira vez, um instrumento legal previa o dever de sigilo, atribuído especificamente às instituições financeiras, cuja violação constituía crime<sup>41</sup>. Eis o art. 38 da referida lei, revogado pela lei complementar 105/2001 conforme será demonstrado adiante:

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

<sup>38</sup> CARVALHO, Márcia Haydeé Porto de. Op. Cit., 149.

<sup>39</sup> QUEZADO, Paulo; LIMA, Rogério. Op. Cit..p.9.

<sup>40</sup> BRASIL, Cynthia Facundo Alencar. A relativização do sigilo bancário através da LC nº 105/2001 pela Receita Federal. Em <[http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/biblioteca/monografias/cynthia\\_facundo\\_alencar.pdf](http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/biblioteca/monografias/cynthia_facundo_alencar.pdf)> Acesso em: 29 ago. 2012.

<sup>41</sup> CHINEN, Massao. Op. Cit.,p.64.

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 nº 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.

A Lei nº 4.595/1964 em seu artigo 38 não dizia que tipo de processo deveria estar instaurado, se judicial ou administrativo, gerando algumas divergências. No entanto, a jurisprudência majoritária assentou o entendimento que a Lei 4.595/64 não conferiu às autoridades tributárias competência para quebrar diretamente o sigilo bancário, mas apenas por intermédio da observância do devido processo legal.

Eis um acórdão:

**O sigilo bancário 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 ( art 5º, X).** Por isso, cumpre às instituições financeiras manter o sigilo acerca de qualquer informação ou documentação pertinente à movimentação ativa e passiva do correntista/contribuinte, bem como dos serviços bancários a ele prestados. Observadas tais vedações, cabe-lhes atendes às demais solicitações de informações encaminhadas ao Fisco, desde que decorrentes de procedimento fiscal regularmente instaurado e subscritas por autoridade administrativa competente.<sup>42</sup> (grifei)

---

<sup>42</sup> STJ, REsp 37.566/RS, 1ª T., rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU 28.03.1998.

Após, foi instituída a Lei 8.021/90 que através do art 8º retirou o requisito de haver processo judicial instaurado para a quebra do sigilo bancário pelo Fisco, sendo apenas necessária a instauração de um processo administrativo<sup>43</sup>.

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.

O objetivo do legislador era afastar a jurisprudência firmada pelo STJ de que as expressões “processo” e “autoridade”, constantes no art. 38, §5º da lei 4595/64, referiam-se ao judicial e não administrativo fiscal, uma vez que o sigilo bancário encontraria fundamento no art. 5º, X da CF/88<sup>44</sup>, só podendo ser levantado mediante decisão emanada do Poder Judiciário<sup>45</sup>.

Porém, o mencionado artigo da lei 8.021/90 era incompatível com o art. 197, parágrafo único, da lei 5.172/66 (Código Tributário Nacional), recepcionado pela Constituição Federal de 1988 com o *status* de Lei Complementar, segundo o qual as autoridades bancárias não podem requisitar diretamente informes bancários dos contribuintes, dessa forma, as modificações introduzidas pelo art. 8º, da lei 8.021/90 não foram aceitas.

Dispõe o art. 197, do Código Tributário Nacional:

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:

I - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício;

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

III - as empresas de administração de bens;

IV - os corretores, leiloeiros e despachantes oficiais;

V - os inventariantes;

VI - os síndicos, comissários e liquidatários;

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

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

<sup>43</sup> CARVALHO, Márcia Haydeé Porto de. Op. Cit., 150.

<sup>44</sup> 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; (...)

<sup>45</sup> CHINEN, Massao. Op. Cit.,p.71.

O referido parágrafo ressalva a prestação de informações, a qual a doutrina tradicionalmente denomina de segredo profissional que possui fundamento no art. 5º, inc. XIV da CF/88<sup>46</sup>.

Apesar da Lei nº 8.021/90 prevê expressamente a possibilidade de solicitação de informações às instituições financeiras de dados dos contribuintes pela autoridade fiscal, duas novas questões contra a aplicação da referida lei foram suscitadas<sup>47</sup>.

Uma de caráter formal-constitucional, pois o art. 192 da Constituição Federal exigia que o Sistema Financeiro Nacional deveria ser disciplinado através de lei complementar (este dispositivo atualmente tem nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 29 de junho de 03, não mais subsistindo essa exigência), assim, aduz Wald<sup>48</sup> que o legislador incorreu em vício formal, pois não pode a Lei 8.021/90 derogar o art. 38 da Lei 4.595/64 (recepcionada pela CF/88 com força de lei complementar) porque é lei ordinária, de hierarquia inferior à lei complementar.

E a segunda dizia respeito à própria aplicabilidade da norma, uma vez que o seu art. 8º previa a expedição e a obediência de normas regulamentares a cargo do Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento, que nunca foram regulamentadas.

Após, a Lei Complementar 70/91, em seu art. 12, impôs às instituições financeiras o dever de fornecer à Receita Federal informações cadastrais sobre usuários dos seus 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). A discussão que essa lei suscitou na doutrina girou em torno da questão do conteúdo do sigilo bancário abranger ou não dados cadastrais<sup>49</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça afirmou que todos os informes quanto às pessoas, em poder de estabelecimentos bancários, mesmo os que não descrevem movimentação financeira, como fichas e cadastros de identificação, estão ao abrigo do sigilo bancário, devendo ser obtidos através do Poder Judiciário.

---

<sup>46</sup>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:(...)XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; (...)

<sup>47</sup>BRASIL, Cynthia Facundo Alencar. A relativização do sigilo bancário através da LC nº 105/2001 pela Receita Federal.Em <[http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/biblioteca/monografias/cynthia\\_facundo\\_alencar.pdf](http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/biblioteca/monografias/cynthia_facundo_alencar.pdf)> Acesso em: 29 ago. 2012.

<sup>48</sup>WALD, Arnoldo. Op. Cit.,p.200.

<sup>49</sup> CHINEN, Massao. Op. Cit.,p.74-75.

Enquanto se travava uma verdadeira guerra jurídica a respeito da “quebra” do sigilo bancário pela administração tributária, nasceu a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001 que teve origem nos Projetos de Lei Complementar 219 e 007, de autoria, respectivamente, dos Senadores Lúcio Alcântara e José Eduardo Dutra, que, em seu art. 1º estabeleceu o dever de sigilo, nos arts. 5º e 6º, flexibilizou o sigilo bancário em face da Administração Tributária e o art. 13 revoga expressamente o art. 38 da Lei 4.595/64<sup>50</sup>.

Segundo o Senador Lúcio Alcântara<sup>51</sup>,

[...]Ninguém pode questionar a importância do sigilo como instrumento que garanta a privacidade, mas generalizar tal argumento para todas as situações, é extremamente perigoso para a construção democrática em nosso país. O sigilo a todo custo e sem possibilidades efetivas para que se possa quebrá-lo em determinadas circunstâncias é, de fato, um privilégio, portanto inaceitável[...]

Apesar da Lei Complementar nº 105/2001 autorizar a “quebra” do sigilo bancário pela Administração Tributária, nova questão, e essa de grande complexidade, foi levantada: sua constitucionalidade<sup>52</sup>.

Transcreve-se a seguir os dispositivos pertinentes ao tema estudado: o art. 1º, que estabelece o dever de sigilo para as instituições financeiras, os arts. 5º e 6º que autorizam o acesso às informações financeiras diretamente pela Administração Fazendária.

Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 1º São consideradas instituições financeiras, para os efeitos desta Lei Complementar:

- I – os bancos de qualquer espécie;
- II – distribuidoras de valores mobiliários;
- III – corretoras de câmbio e de valores mobiliários;

---

<sup>50</sup> CHINEN, Roberto Massao. Op. Cit.,p.75.

<sup>51</sup>ALCÂNTARA, Lúcio. Sigilo. Disponível

em:<<http://www.senado.gov.br/web/senador/lucalc/2000/artigos/sigilo.html>> Acesso em: 29 ago 2012.

<sup>52</sup>BRASIL, Cynthia Facundo Alencar. A relativização do sigilo bancário através da LC nº 105/2001 pela Receita Federal.Em <[http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/biblioteca/monografias/cynthia\\_facundo\\_alencar.pdf](http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/biblioteca/monografias/cynthia_facundo_alencar.pdf)> Acesso em: 29 ago. 2012.

IV – sociedades de crédito, financiamento e investimentos;

V – sociedades de crédito imobiliário;

VI – administradoras de cartões de crédito;

VII – sociedades de arrendamento mercantil;

VIII – administradoras de mercado de balcão organizado;

IX – cooperativas de crédito;

X – associações de poupança e empréstimo;

XI – bolsas de valores e de mercadorias e futuros;

XII – entidades de liquidação e compensação;

XIII – outras sociedades que, em razão da natureza de suas operações, assim venham a ser consideradas pelo Conselho Monetário Nacional.

§ 2º As empresas de fomento comercial ou factoring, para os efeitos desta Lei Complementar, obedecerão às normas aplicáveis às instituições financeiras previstas no § 1º.

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

I – a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

II - o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

III – o fornecimento das informações de que trata o [§ 2º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996](#);

IV – a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;

V – a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados;

VI – a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9 desta Lei Complementar.

[...]

Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras

informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

§ 1º Consideram-se operações financeiras, para os efeitos deste artigo:

I – depósitos à vista e a prazo, inclusive em conta de poupança;

II – pagamentos efetuados em moeda corrente ou em cheques;

III – emissão de ordens de crédito ou documentos assemelhados;

IV – resgates em contas de depósitos à vista ou a prazo, inclusive de poupança;

V – contratos de mútuo;

VI – descontos de duplicatas, notas promissórias e outros títulos de crédito;

VII – aquisições e vendas de títulos de renda fixa ou variável;

VIII – aplicações em fundos de investimentos;

IX – aquisições de moeda estrangeira;

X – conversões de moeda estrangeira em moeda nacional;

XI – transferências de moeda e outros valores para o exterior;

XII – operações com ouro, ativo financeiro;

XIII - operações com cartão de crédito;

XIV - operações de arrendamento mercantil; e

XV – quaisquer outras operações de natureza semelhante que venham a ser autorizadas pelo Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários ou outro órgão competente.

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

§ 3º Não se incluem entre as informações de que trata este artigo as operações financeiras efetuadas pelas administrações direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§4º Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.

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

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

Na doutrina não há posicionamento pacificado quanto à constitucionalidade da lei sob análise, o que causa demasiada divergências entre os especialistas. É o que será demonstrado a seguir:

Ives Gandra da Silva Martins<sup>53</sup> assevera que a inviolabilidade do sigilo está consagrada no artigo que é inteiramente dedicado aos direitos individuais ( art 5º da CF/88), assim:

A LC 105/2001, com muito mais razão, mostra-se ilegítima, pois, se nem emenda constitucional pode alterar o reguardo do sigilo de dados, à nitidez, muito menos a lei complementar poderia fazê-lo, razão pela qual tenho para mim que os dois exteriorizam manifesta inconstitucionalidade. Parece-me, pois, que o direito do contribuinte de ter seu sigilo bancário preservado não poderá ser retirado- enquanto não houver uma ruptura institucional, o que ninguém deseja- podendo ser quebrado, apenas, por autorização judicial.

E conclui o autor que a questão seria meramente jurídica. A lei complementar em comento afasta direitos fundamentais do contribuinte e impede que o Poder Judiciário exerça sua função de poder neutro, que defende o Fisco contra o sonegador e o bom contribuinte contra o Fisco. Entende que se trata de uma medida repressiva enviada pelo Poder Executivo à um Poder que tem que preservar a Constituição Federal, e por isso, muitas vezes, torna-se um incômodo ao governo, que nos últimos tempos não tem primado pelo respeito aos direitos fundamentais.

---

<sup>53</sup>MARTINS, Ives Gandra da Silva. Inconstitucionalidades da Lei Complementar 105/2001. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, v. 4, n. 11, jan./mar. 2001. P. 37-38.

Folmann<sup>54</sup> traz uma série de afrontas que a LC 105/2001 trouxe à CF/88, *in verbis*:

A edição da Lei Complementar 105/2001 com o Decreto 3.724/2001 vem propiciar uma gama de afrontas ao texto constitucional, haja vista o número de princípios e direitos que joga ao vento como que desmoronar todo o sistema erigido há anos. Dentre os direitos constitucionais que afronta esta: a privacidade ( art5º, XII), acesso ao judiciário ( art. 5º, XXXV), o devido processo legal ( art. 5º, LIV), decisão fundamentada ( art 93, IX), presunção de inocência ( art 5º, LVII), livre concorrência ( art. 170, IV). Além de atentar contra o princípio da tripartição de poderes e proporcionalidade.

Juliana Garcia Belloque <sup>55</sup> seguindo o mesmo entendimento, no sentido da inconstitucionalidade da lei:

[...] o Poder Judiciário é o único legitimado, no Estado Constitucional brasileiro, para a decretação da quebra de sigilo financeiro, ato de restrição do direito fundamental à intimidade. Essa assertiva decorre essencialmente da conjugação de dois fatores: I – no equilíbrio do exercício limitado e repartido das funções estatais, o Poder Judiciário apresenta-se como aquele exclusivamente vocacionado à decisão valorada de restrição de direito fundamental; II – a grave restrição da intimidade, aspecto do direito à liberdade individual, como implicação da quebra do sigilo financeiro, apenas pode ocorrer por meio do devido processo legal, cujo desenvolvimento exige a atuação condutora do juiz constitucionalmente competente.

Paulo Quezado e Rogério Lima<sup>56</sup> também posicionam-se de forma contrária à lei em comento:

A LC 105 viola as garantias fundamentais da privacidade e do devido processo quando permite à União conhecer dos montantes globais da movimentação do contribuinte antes que se manifeste [...].

Por outro lado, há posicionamento diverso, ou seja, o entendimento de que a lei infraconstitucional não fere a Constituição Federal. Pode-se citar como adepto o autor Roberto Massao Chinen<sup>57</sup>, em seu livro defende que deve ser autorizado o levantamento do sigilo bancário diretamente pelos agentes dos fiscos por conta do o princípio da capacidade contributiva do contribuinte. Sua tese é fundamentada no princípio da proporcionalidade, ou seja, para o fiscal poder imiscuir-se nos dados financeiros do cidadão a medidas adotadas devem ser adequadas, necessárias e proporcionais.

---

<sup>54</sup> FOLMANN, Melissa. Op. Cit., p.106.

<sup>55</sup> BELLOQUE, Juliana Garcia. Op. Cit., p. 122.

<sup>56</sup> QUEZADO, Paulo; LIMA, Rogério. Op. Cit., p. 257

<sup>57</sup> CHINEN, Roberto Massao. Op. Cit., p.145-175.

Segue jurisprudência com esse posicionamento:

Instaurado procedimento administrativo, está autorizada a quebra do sigilo bancário, porquanto não é absoluto. Exegese da Lei Complementar 105, de 2001. Não há falar, assim, em inconstitucionalidade frente a uma possível discordância existente entre esses normativos e os princípios preconizados no art. 5º, incs. X e XII, da CF/88. É que as informações sobre patrimônio das pessoas não se inserem nas hipóteses do inc. X da CF/88, uma vez que o patrimônio não se confunde com a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem. O próprio Código Tributário Nacional, em seu art. 197, inc. II, preconiza que os bancos são obrigados a prestar todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios e atividades de terceiros à autoridade administrativa.[...] (TRF, 4ª Região – 2ª Turma – 2001. 04.01.056045-6/PR – DJ2 n. 187, 17.10.2001, p.882)

Após a vigência da referida lei, até 2004, já foram propostas 05 (cinco) Ações Diretas de Inconstitucionalidade sem, no entanto, terem sido apreciadas definitivamente pelo STF, estando vigente a Lei Complementar nº 105/2001.

São as seguintes ações : ADIn n. 2386 , ADIn n. 2397 ( apensada à ADIn n. 2390) e ADIn n. 2406 - apensada à ADIn n. 2389.

## 2.5 ESTRUTURA DO SIGILO BANCÁRIO

Nesse momento serão abordados os sujeitos, objeto e a natureza jurídica do instituto em questão.

No tocante ao sujeito passivo, para Nelson Abrão<sup>58</sup> , abrange todos os funcionários do banco, desde o mais categorizado diretor ate o mais simples empregado.

Covello<sup>59</sup> afirma que na sistemática brasileira, estão submetidas ao sigilo bancário não apenas empresas bancárias em sentido estrito, mas também as instituições financeiras em geral e outras entidades subordinadas à lei que regula o Sistema Financeiro Nacional.

De acordo com a lei, são instituições financeiras: os bancos, oficiais ou privados, as sociedades de credito, financiamento e investimento, as caixas econômicas, as cooperativas de credito ou a secção das cooperativas que a tenham

---

<sup>58</sup> ABRÃO, Nelson.Op. cit., p.58.

<sup>59</sup> COVELLO, Sergio Carlos. Op. Cit., p. 77-78.

e as associações de poupança. Assim, todas essas atividades desempenham atividade bancárias, embora nem sejam consideradas bancos em sentido estrito.

No polo ativo da obrigação está o cliente do banco, entendido como aquele que se vale dos serviços bancário com habitualidade<sup>60</sup>.

Quanto ao objeto do sigilo, a doutrina delinea-o de maneira ampla:

Para Arnold Wald<sup>61</sup>:

A obrigação de manter o sigilo abrange, assim, todos os aspectos da relação entre banco e cliente, presumindo-se, salvo autorização em contrário, a vontade do cliente de manter o sigilo em relação à sua conta bancária e só sendo válida a própria autorização do cliente se não for decorrente de coação, dolo ou outro vício da manifestação de vontade.

Já Covello<sup>62</sup> precisa o objeto:

operações bancárias (ativas, passivas e serviços em geral), dados dessas operações (forma de pagamento, montante, destinação etc), dados informados pelo cliente para conseguir a operação (dados pessoais, endereço, estado civil, nome do cônjuge, ordenado, local de trabalho, relação de bens e outros dados íntimos da vida particular do cliente que chegam ao conhecimento do banco em virtude da operação realizada, como nos casos de relação extraconjugal).

Quanto ao objeto, é possível que concluir que, são todas as informações do cliente ou de terceiros, fornecidas diretamente por ele às entidades bancárias ou de outra fonte desde que vinculados à relação bancária, afastando-se a ideia de que estão amparados pelo sigilo apenas os registros de clientes referentes a cifras<sup>63</sup>.

Por fim, o sigilo bancário constitui uma obrigação jurídica, ou seja, é um vínculo pelo qual o banco fica sujeito a cumprir uma prestação em proveito de outrem<sup>64</sup>.

De acordo com Arnaldo Wald<sup>65</sup>

Na realidade, o sigilo bancário consiste na obrigação de discrição imposta aos Bancos e aos seus funcionários, em todos os negócios dos seus clientes, abrangendo o presente e ao passado, os cadastros, a abertura e o fechamento das contas e a sua movimentação.

---

<sup>60</sup> COVELLO, Sergio Carlos. Op. Cit., p. 89.

<sup>61</sup> WALD, Arnaldo. Op. Cit., p. 205.

<sup>62</sup> COVELLO, Sergio Carlos. Op. Cit., p. 90.

<sup>63</sup> CARVALHO, Márcia Haydeé Porto de. Op. Cit., p. 247.

<sup>64</sup> COVELLO, Sergio Carlos. Op. Cit., p. 73.

<sup>65</sup> WALD, Arnaldo. Op. Cit., p. 198.

Por derradeiro, o sigilo bancário envolve interesses individuais de cada cidadão, enquanto instrumento para a proteção da privacidade e intimidade; interesses da instituição financeira, possibilitando a confiança da população no banco, e interesses coletivos no bom funcionamento do sistema bancário<sup>66</sup>.

---

<sup>66</sup> WALD, Arnaldo. Op. Cit., p. 198.

### 3 SIGILO BANCÁRIO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

#### 3.1 FUNDAMENTOS DA RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para abordar o tema do capítulo, é importante tratar dos fundamentos da restrição dos direitos fundamentais. Assim sendo, é imprescindível a análise de certos tópicos pertencentes à dogmática dos direitos fundamentais, ainda que de maneira superficial.

A ideia de restrição dos direitos fundamentais liga-se a noção de que os esses direitos não são absolutos.

Alexy<sup>67</sup> afirma que a distinção entre a natureza dos princípios ou das regras resolve diversas questões concernentes à dogmática dos direitos fundamentais.

Segundo o mencionado autor, para analisar a estrutura dos direitos fundamentais, é possível utilizar diversas teorias teórico-estruturais, porém para a teoria dos direitos fundamentais, no âmbito desses direitos, a mais importante é a distinção entre princípios e regras, assim, tal distinção seria uma das colunas-mestras do edifício dos direitos fundamentais.

Para Alexy<sup>68</sup> regras e princípios estariam reunidos sob o conceito de norma, pois dizem o que deve ser. E conclui o seguinte: “ A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas” .

São vários os critérios de distinção entre essas duas normas, porém, o mais utilizado é o da generalidade. Conforme esse método, princípios possuem o grau de generalidade relativamente alto, ao passo que as regras um grau de generalidade relativamente baixo<sup>69</sup>.

O professor em comento também traz outros critérios, quais sejam: a determinabilidade dos casos de aplicação, a forma de seu surgimento, o caráter

---

<sup>67</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p.276.

<sup>68</sup> Ibid., p.87.

<sup>69</sup> Ibid., p.90.

explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à ideia de direito ou uma lei jurídica suprema e a importância para a ordem jurídica.

E com base nesses critérios, aduz que são possíveis três teses diversas acerca da distinção entre regras e princípios.

A primeira sustenta que toda tentativa de diferenciar as normas em duas classes seria fadada ao fracasso, diante da diversidade existente.

A segunda defende que, apesar de ser relevante a distinção das normas em comento, essa diferenciação apenas seria de grau- os adeptos a essa tese são aqueles autores que entendem que princípios e regras devem ser diferenciadas com o critério da generalidade.

E a terceira teoria entende que não há apenas uma diferença gradual, mas também qualitativa.

Robert Alexy, no seu livro “Teoria dos Direitos Fundamentais”, traz como ponto decisivo para a distinção de princípios e regras é que o último é um mandamento de otimização que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende só das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. Enquanto as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas.

Ainda há que se falar do distinto caráter *prima facie* das regras e dos princípios.

“Os princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.”<sup>70</sup>. Eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. Todavia, no caso das regras é diferente, pois como elas exigem que seja feito o que está no seu conteúdo, possuem uma determinação da extensão do seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas, enquanto os princípios não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas.

De maneira resumida, pode-se asseverar que a diferença entre regras e princípios em relação a restrição dos direitos fundamentais, é que os princípios não podem, por si só, estabelecer restrições na forma de não liberdades ou não-direitos definitivos. Para restringir definitivamente, deve haver uma ponderação entre o respectivo princípio de direito fundamental e o princípio que o restringe.

---

<sup>70</sup> Ibid., p.103-104.

E que os princípios são sempre razões *prima facie*; as regras, a menos que se haja estabelecido uma exceção, são razões definitivas. Porém, Robert Alexy releva que, quando se trata de direitos fundamentais, mesmo quando sob forma de regras, eles reconduzem-se a princípios, tendo em vista o bem jurídico ou o valor que visam proteger; daí o caráter principiológico das normas de direito fundamental.

Parece que os Ministros do Supremo Tribunal Federal seguem a linha doutrinária do jurista alemão Robert Alexy. Destaca o Min. Celso de Mello a ocorrência de colisões em situações concretas:

Impõe-se observar que a ampliação da esfera de incidência das franquias individuais e coletivas, *de um lado*, e a intensificação da proteção jurídica dispensada às liberdades fundamentais, *de outro*, tornaram inevitável a ocorrência de situações caracterizadoras de *colisão de direitos* assegurados pelo ordenamento constitucional. Com a evolução do sistema de tutela constitucional das liberdades públicas, dilataram-se os *espaços de conflito* em cujo âmbito antagonizam-se, em função de situações *concretas* emergentes, posições jurídicas revestidas de *igual* carga de positividade normativa.<sup>71</sup>

Apesar de complexa compreensão, o motivo apontado pelo Ministro para a ocorrência de choques é o caráter expansivo das normas de direitos fundamentais, o que tem como consequência, antagonismos entre elas nas diversas situações. E por conta disso, é importante que o intérprete esteja preparado para sopesar (ou ponderar) essas normas.

### 3.2 SIGILO BANCÁRIO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE

A questão que se coloca nesse ponto, é a de saber se a garantia ao sigilo bancário está no princípio constitucional que protege a intimidade e a vida privada, adquirindo, portanto, *status* de direito fundamental individual ou se sua previsão é de natureza infraconstitucional.

Antes de adentrar ao tema, faz-se mister ressaltar que não há consenso nos autores nacionais sobre a diferença entre privacidade e intimidade.

---

<sup>71</sup> STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995. p. 104-105.

Min. Carlos Britto afirmou:

(...) a Constituição Federal não confunde privacidade com intimidade. Tanto que usa de duas palavras diferentes, ligando uma à outra pela conjunção aditiva e. Privacidade, para mim, é uma comunicação reservada entre pessoas, digamos, “em petit comitê”. É a pessoa se relacionando com seus amigos, com seus parentes. Ao passo que intimidade é a pessoa consigo mesma, sozinha. Exemplo: alguém escrevendo um diário - está no uso da sua intimidade.<sup>72</sup>

Na Constituição Federal brasileira, a proteção à vida privada e à intimidade foi colocada no Título II, “Dos Direitos e Garantias Constitucionais”, mais especificamente, em seu 1.º capítulo, que trata “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, dispondo:

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.

Situando-se entre os chamados “direitos individuais fundamentais”, o direito à vida privada e à intimidade faz parte das chamadas cláusulas pétreas, que constituem um núcleo material imutável do texto constitucional por força do inciso IV, do § 4.º, do art. 60. Essa circunstância, evidentemente, já demonstra a importância que o legislador constituinte conferiu ao tema.

Diante de tal contexto, foi traçada a Teoria dos Círculos Concêntricos, e que a par das divergências de interpretações dessa teoria alemã, na seara jurídica brasileira entende-se que há quatro círculos que envolvem a pessoa e o mundo que rodeia: o do público, o da privacidade o da intimidade e o do segredo<sup>73</sup>.

O primeiro é de maior amplitude e abrangência, é aquela parte da pessoa que fica aberta ao conhecimento de todos; é o principal vínculo de sociabilidade do homem<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> STF: RE 418.416, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 05/10/2006, p. 1303.

<sup>73</sup> FOLMANN, Melissa.Op. Cit., p.42-43.

<sup>74</sup> FOLMANN, Melissa.Loc. Cit.

O segundo abarca comportamentos e acontecimentos que não pertencem do domínio público. Por conseguinte, o terceiro, em um círculo mais restrito, há a esfera de intimidade, é limitado o número de pessoas que participem de seus conteúdos.<sup>75</sup>

E por fim, o último movimento de circunscrição, há a esfera do segredo. É o que pertence somente ao indivíduo, seu conteúdo será revelado, segundo seu critério de pertinência de forma discreta. Esta é a esfera que exige mais rigorosa proteção legal contra a indiscrição.<sup>76</sup>

José Afonso da Silva<sup>77</sup> utiliza a expressão “direito à privacidade” em sentido amplo, no sentido de compreender todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>78</sup> explica que a vida privada seria aquela que se desenvolve fora das vistas do público, eventualmente, perante um pequeno grupo de íntimos. Ou seja, é a vida em ambiente de convívio fechado e reduzido, geralmente, a um grupo familiar.

Para José Cretella Jr<sup>79</sup> “intimidade é o *status* ou situação que é íntimo, isolado, só”.

Para Tércio Sampaio Ferraz Junior<sup>80</sup>, há um diferente grau de exclusividade entre o direito à privacidade e o direito de intimidade. O último seria um âmbito exclusivo que a pessoa reserva para si, não há qualquer repercussão social, ao passo que a vida privada pode, pois, envolver situações de opção pessoal, exemplifica o autor com o regime de bens no casamento, no entanto, há momentos que pode ser necessária a comunicação a terceiros (como na aquisição de um bem imóvel). Seu posicionamento, *in verbis*:

A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum). Não há um conceito absoluto de intimidade.

---

<sup>75</sup> FOLMANN, Melissa. Loc. Cit.

<sup>76</sup> FOLMANN, Melissa. Op. Cit., p.43.

<sup>77</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 222.

<sup>78</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 2ª edição, 1º volume. São Paulo: Saraiva, 1997.p.35.

<sup>79</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.p. 257.

<sup>80</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Sigilo de Dados: Direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, v. 1, n. 1, 1992. p. 143.

Mas é possível exemplificá-lo: o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis de pudor pessoal, o segredo íntimo cuja mínima publicidade constrange. Já a vida privada envolve a proteção de formas exclusivas de convivência. Trata-se de situações em que a comunicação é inevitável (em termos de relação de alguém com alguém que, entre si, trocam mensagens), das quais, em princípio, são excluídos terceiros.

Arnoldo Wald<sup>81</sup> afirma que a intimidade seria algo inerente à vida privada. É o mais específico dos direitos à privacidade, pois não envolve direito de terceiros.

Adentrando-se, agora, na questão fulcral do capítulo, a doutrina e jurisprudência tem-se manifestado, de modo quase-unânime, no sentido de que o sigilo bancário é uma garantia constitucional que protege a privacidade das pessoas no campo econômico e financeiro.

Esse é o posicionamento adotado dos autores adiante citados:

Art. 5º- (...)

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;

(...)

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; (grifei)

A partir do dispositivo acima, pode-se afirmar que o direito ao sigilo bancário encontra-se incluso no direito à inviolabilidade da vida privada e do sigilo de dados<sup>82</sup>.

Tércio Sampaio<sup>83</sup> entende que o sigilo assegura ao cidadão a faculdade de manter a indevassabilidade de informações que exponham ao público a sua vida privada. A inviolabilidade de dados é o meio pelo qual se permite a existência da vida privada e da intimidade, apartando a discricionariedade e o arbítrio de autoridades e de terceiros nos casos legalmente previstos mediante instauração do devido processo legal.

---

<sup>81</sup> WALD, Arnold. Sigilo bancário e direitos fundamentais. **Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo, v.6, n.22, jan./mar., 1998, p. 21

<sup>82</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Prova, sigilo bancário e verdade material no processo administrativo fiscal. In: CONGRESSO NACIONAL DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS, V., 2008, São Paulo. **Direito Tributário...** São Paulo: Noeses, 2008, p. 929.

<sup>83</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Op. cit., p. 145.

Wald<sup>84</sup> assegura que o sigilo bancário é o instrumento para resguardar a privacidade no campo econômico, pois veda a publicidade sobre a movimentação da conta corrente bancária e das aplicações financeiras.

José Augusto Delgado<sup>85</sup> entende que as garantias constitucionais previstas nos incisos X, XII do art. 5º, da CF/88-respectivamente, direito à intimidade e sigilo de dados- resguardam o cidadão de qualquer investida de terceiros em sua intimidade, em sua vida privada e no sigilo de seus dados. Ainda esclarece que na expressão “terceiros” está incluído o Estado e, conseqüentemente, seus agentes políticos e administrativos. E continua:

Sempre que a revelação de informações bancárias puder violar a privacidade da pessoa, parece-nos que mais do que garantia ao sigilo bancário ( com fundamento legal), tem a pessoa à sua privacidade ( com fundamento constitucional).

Significativa é a menção que José Augusto Delgado<sup>86</sup> faz à afirmação de Roberto Quiroga Mosquera:

(...) hoje praticamente a vida do homem pode ser escrita a partir do seu talão de cheques, e nas sociedades mais avançadas pelos cartões de crédito, e magnéticos. Permitir-se que o sigilo bancário venha a ser rompido por qualquer forma não extraordinária para salvaguarda de interesse de porte, no mínimo, idêntico, é expor a segurança individual a um constante e absurdo temor perante as possibilidades de controle direto ou pelo vazamento de alguma informação.

Rogério Lima<sup>87</sup> aduz que a quebra do sigilo bancário apenas pode ocorrer quando o princípio do devido processo legal for observado. Explica que por ser um direito fundamental e por conta dos princípios que regem o Estado Democrático de Direito, o sigilo bancário, além de compor o sistema, não pode se excepcionado de qualquer forma, ou seja, é preciso o cumprimento do devido processo legal. E conclui com o entendimento de que o instituto em questão não poderá ser excepcionado por simples procedimento administrativo-fiscal, quer dizer, ato unilateral do Fisco, sem a mínima possibilidade de contraditório.

---

<sup>84</sup> WALD, Arnold. Op.cit., p. 21.

<sup>85</sup> DELGADO, José Augusto. O sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. São Paulo, ano 4, n.13, jul./set., 2001, p.30-32.

<sup>86</sup> Ibid., p. 36.

<sup>87</sup> LIMA, Rogério. Pode o fisco, por autoridade própria, quebrar o sigilo bancário do contribuinte?. **Revista Tributária de Finanças Públicas**, São Paulo, v.8, n. 34, set./out. 2000.p. 149.

Para esses autores, como o sigilo bancário está inserido no panorama constitucional, e por se tratar de uma verdadeira projeção ao direito à intimidade, ele deve ser tratado como direito fundamental do indivíduo, e portanto, abrangido no rol das cláusulas pétreas protegidas pelo art. 60, §4º, IV, CF/88: “Art. 60(...) § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais.”

Conforme Batista<sup>88</sup>, os direitos fundamentais são os valores estruturais contidos na Constituição, conformadores do Estado Democrático de Direito, o que justifica a sua imutabilidade e cuida-se de direito individual fundamental, portanto, o sigilo bancário do contribuinte acha-se acobertado pelo manto da cláusula pétrea inscrita no art. 60, §4º, IV da CF.

No entanto, necessário se faz analisar o conceito da própria personalidade, pois a intimidade é inerente à personalidade.

Orlando Gomes<sup>89</sup> ressalta que,

(...)sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se direito considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade.

Luiz Fernando Bellinetti<sup>90</sup> destaca que os direitos da personalidade destinam-se a integridade física, da integridade, intelectual e da integridade moral.

Carlos Roberto Gonçalves<sup>91</sup> possui a concepção de que, a par dos direitos economicamente apreciáveis, destacáveis de seu titular, por exemplo, propriedade ou o crédito contra o devedor, há outros direitos, não menos valiosos e merecedores da proteção da ordem jurídica, inerentes à pessoa humana e a ela ligados e maneira perpétua e permanente, e estes são os denominados direitos da personalidade.

Porém, deve-se ressaltar desde logo que pelo fato de o sigilo ser considerado cláusula pétrea, não possa ser quebrado, conforme leciona Hamilton Dias Souza<sup>92</sup>:

Enquanto direito individual de primeira geração, o direito à intimidade e à privacidade não pode ser qualquer forma restringido ou anulado. Pode, entretanto, ser quebrado em circunstâncias especialíssimas, por

---

<sup>88</sup> BATISTA, Liliene Maria Busato. Op. Cit., p. 49.

<sup>89</sup> GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19º edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Cap.11, p.134.

<sup>90</sup> BELLINETTI, Luiz Fernando. Limitações legais ao sigilo bancário. **Direito do Consumidor**. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v.18, abr./jun., 1996.p. 152.

<sup>91</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p.200.

<sup>92</sup> SOUZA, Hamilton Dias. Sigilo bancário e o direito à liberdade. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, v. 8, n. 30, jan./fev. 2000.p.63.

determinação do Poder Judiciário. Isto porque nem mesmo os direitos de primeira geração são incontestáveis, quando a um direito se opõe outro direito também constitucionalmente assegurado. Com efeito, mesmo um direito individual pode ter por limite outros direitos, que também mereçam ser protegidos, sobretudo quando respeitam ao interesse público.

Adianta-se então, que a quebra do sigilo bancário mediante autorização judicial é constitucional, desde que observado o princípio do devido processo legal.

Há, contudo, corrente minoritária contrária com entendimento diverso, conforme será demonstrada a seguir.

Roque<sup>93</sup> dirige sua crítica tanto para os que visualizam o direito ao sigilo bancário decorrente do direito à intimidade previsto no art. 5, X da CF/88 como aos que o entendem como de direito da personalidade, merecendo destaque o seguinte trecho:

Todos nascem com direito à vida, à saúde, a um nome, a professar uma fé, à integridade física, à honra, a ter vida íntima etc., mas ninguém nasce com direito ao sigilo bancário, porque pode ser que venha ao mundo em local onde não existam Bancos, ou, como ocorre com a maioria dos brasileiros, que nunca chegue a ser cliente de um. Ora, se o Estado não pode garantir a todos, sequer o direito de ser cliente de um Banco, porque, como atividade privada, é o Banco que seleciona seus clientes segundo o aspecto econômico, como pretender que o sigilo seja um direito da personalidade? Assim, com mais razão, o direito de ser cliente bancário teria o mesmo quilate do direito ao sigilo bancário.

Chinen<sup>94</sup> destaca que acredita ser exagerada a tese do sigilo bancário como projeção do direito da personalidade, pois defende que não se pode conferir tamanha dignidade a um direito de índole nitidamente patrimonial, sob pena de banalizar o que é essencial. O que deve ser preservado é a honra ou imagem da pessoa e não sua conta bancária.

Outro autor adepto a essa teoria é Aurélio Pitanga Seixá Filho<sup>95</sup> que entende que, de fato, a intimidade e a privacidade das pessoas deve ser inviolável, nos termos do inc. X do art. 5º, CF/88, desde que não extrapole para a vida em sociedade, como ocorre com a atividade econômica em que a pessoa tem que, necessariamente, prestar contas de seus atos.

---

<sup>93</sup> ROQUE, Maria José Oliveira Lima. **Sigilo Bancário e o Direito à Intimidade**. Curitiba: Juruá, 2001.p.93.

<sup>94</sup> CHINEN, Massao. Op. Cit., p.94.

<sup>95</sup> SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. O sigilo bancário e o direito à intimidade e à privacidade das pessoas. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, v. 10, n. 42, jan./fev. 2002. p.243.

Ainda traz a informação de que desde a criação do imposto de renda, até mesmo as pessoas que não exercem qualquer atividade empresarial, mas que auferem rendimento, estão sujeitas a prestar contas ao Fisco não só de suas rendas como de seu patrimônio, ficando reduzido o âmbito de sua vida íntima, de sua privacidade.

E conclui que a atividade administrativa de fiscalização dos atos dos cidadãos, em especial a vida econômica dos contribuintes, não constitui, por natureza, uma rota extraordinária ou extravagante que pode causar vexame ou constrangimento às pessoas investigadas. Ninguém tem o direito de não ser fiscalizado por uma autoridade tributária, mesmo sem qualquer indício de erro ou falha de pagamento de seus tributos, sendo perfeitamente legítimo e legal que a fiscalização se faça por amostragem.

Luiz Fernando Bellinetti<sup>96</sup> afirma que o sigilo bancário não possui proteção constitucional, e sim infralegal. Aduz que

A nosso ver o sigilo bancário é garantia legal e não constitucional. Menciona que o inc. XII do art. 5º da CF não serve para embasar o sigilo bancário, pois seu escopo é a proteção ao sigilo de comunicações, que por via telegráfica, telefônica ou de dados, e não ao sigilo de dados genericamente. O que o dispositivo constitucional quer preservar é o sigilo das comunicações de dados tão em evidência do mundo moderno, através da larga utilização dos computadores. O sigilo bancário também não se confunde com direito à privacidade, pois o que se protege é a privacidade e não propriamente o sigilo.

No tocante a jurisprudência quanto ao assunto, a tese segundo a qual, o sigilo bancário constitui modalidade de direito de personalidade encontra defensores nos nossos tribunais superiores, em cujas decisões incluem o sigilo bancário no rol dos direitos da personalidade.

Conforme o voto da Min. Carmén Lúcia : “(...) de que teria havido prova ilícita, no sentido de que teria sido obtido mediante quebra do princípio constitucional do sigilo bancário, da garantia constitucional do sigilo bancário”.<sup>97</sup>

No mesmo sentido o Min. Ricardo Lewandowski : “Pode ter havido, em tese, uma lesão ao art. 5º, inciso X, que impede a violação da intimidade ou da privacidade

---

<sup>96</sup> BELLINETTI, Luiz Fernando. Op. Cit., p. 154-155.

<sup>97</sup> STF: Inq 2250, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 02/11/2010, p. 46.

da pessoa. (...) A cláusula constitucional abrigada no art. 5º, inciso X, não confere imunidade absoluta ao sigilo bancário, (...).<sup>98</sup>

Bem como, o Min. Carlos Britto: “Quanto ao inciso X, de que fala o Min. Ricardo Lewandowski, a matéria toda está imbricada (...)”.<sup>99</sup>

O Min. Marco Aurélio: “Em última análise, tenho que o sigilo bancário está sob a proteção do disposto nos incisos X e XII do art. 5º da CF”.<sup>100</sup>

Também o Min. Celso de Mello: “A relevância do direito ao sigilo bancário – que traduz uma das projeções realizadoras do direito à intimidade – (...) que o ordenamento jurídico, em norma de salvaguarda, pretendeu submeter à cláusula tutelar de reserva constitucional (CF, art. 5º, X)”.<sup>101</sup>

Contudo, conquanto no julgamento do MS 21.729-4/DF<sup>102</sup>, os ministros do Supremo Tribunal Federal tenham adotado tal posicionamento, o voto do então Ministro Francisco Rezek, hoje integrando a Corte Internacional de Justiça, entendeu que o sigilo bancário não se constitui em um direito à intimidade ou à privacidade<sup>103</sup>, *in verbis*:

(...) O inciso X do rol de direitos fala assim numa intimidade onde a meu ver seria extraordinário agasalhar a contabilidade, mesmo a das pessoas naturais, e por melhor razão a das empresas. (...)

É possível que os dados bancários, em certos casos, deixem entrever aspectos da vida privada, como ocorreria, por exemplo, na revelação de gastos com especialidades médicas de certas enfermidades ou despesas com pessoas das relações afetivas mais íntimas, que o cliente queira manter em segredo.

Isso, contudo, é exceção, porque, em regra, as operações e serviços bancários não podem ser referidos à privacidade, no sentido de que é protegido no inciso X do art. 5º da Constituição. Assim, os dados bancários concernentes a pagamentos de compra de imóveis, os financiamentos para aquisição de casa própria ou os financiamentos públicos para o desenvolvimento de atividades produtivas são alguns exemplos de informações que não se inserem no núcleo irredutível da privacidade.

Por sua vez, no voto do Ministro Sepúlveda Pertence, restou assentado que:

<sup>98</sup> STF: RE 418.416, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 05/10/2006, p. 1293-1294.

<sup>99</sup> STF: RE 418.416, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 05/10/2006, p. 1303.

<sup>100</sup> STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 75.

<sup>101</sup> STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 103.

<sup>102</sup> STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995

<sup>103</sup> MAZUTTI, Gustavo Cesar. **O sigilo bancário na jurisprudência do STF: proteção constitucional e questões sobre sua relatividade**. Monografia da EF 2011. Disponível em <<http://bit.ly/JnB4e7>>. Acesso em> 23 de ago. de 2012.

o sigilo bancário só existe no direito brasileiro por força de lei ordinária. (...) Não entendo que se cuide de garantia com status constitucional. Não se trata de intimidade protegida no inciso X do art. 5º da CF. Da minha leitura, no inciso XII da Lei fundamental, o que se protege, e de modo absoluto até em relação ao Poder Judiciário, é a comunicação "de dados" e não os "dados" o que tornaria impossível qualquer investigação administrativa, fosse qual fosse.

Impende ainda apontar que já houve uma tentativa de erguer o sigilo bancário em garantia constitucional expressa. Trata-se da Emenda 139, de 11.05.1984, apresentada à Comissão Mista que examinou a Emenda Figueiredo ( Proposta de EC 11/84), o qual alterava o §9º do art. 153, da CF/88, assim redigida: “É inviolável o sigilo bancário, da correspondência e das comunicações em geral. A conta bancária do indivíduo não será objeto de investigação, nem servirá de base imponible para tributação”.<sup>104</sup>

Portanto, fica claro ante a exposição das posições dos autores acima citados, de que a doutrina majoritária assegura ao sigilo bancário *status* de norma constitucional, assegurado no art. 5º, X, CF/88, por outro lado, paralelamente, há uma doutrina minoritária que entende que o sigilo bancário está apenas previsto em norma infraconstitucional e não se trata de um direito à personalidade.

Em relação ao *status* do direito ao sigilo bancário, a partir de um estudo jurisprudencial é permitido concluir que diversos Ministros entendem que o tema está implícito no art. 5º, X ou XII, CF/88, ou seja, possuem ligação com direito à intimidade, privacidade e ao sigilo de dados.

Nesse sentido:

É possível que os dados bancários, em certos casos, deixem entrever aspectos da vida privada, como ocorreria, por exemplo, na revelação de gastos com especialidades médicas de certas enfermidades ou de despesas com pessoas das relações afetivas mais íntimas, que o cliente queira manter em segredo.<sup>105</sup>

É o que afirma também, a então Min. Ellen Gracie: “A CF não afirma direta e expressamente o sigilo bancário. Assegura, isto sim, nos termos do ser art. 5º, incisos X e XII, a inviolabilidade da vida privada, bem como o sigilo de dados, (...)”.<sup>106</sup>

Porém, em sentido contrário, dois Ministros se manifestaram - Min. Francisco Rezek e o Min. Sepúlveda Pertence.

<sup>104</sup> BATISTA, Liliane Maria Busato. Op. Cit., p. 48.

<sup>105</sup> STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 119.

<sup>106</sup> STF: AC 33, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/11/2010, p. 62.

O Min. Francisco Rezek demonstrou certa dificuldade em enxergar tal relação:

Tenho dificuldade extrema em construir, sobre o art. 5º, sobre o rol constitucional de direitos, a mística do sigilo bancário (...). O inciso X do rol de direito fala assim numa intimidade onde a meu ver seria extraordinário agasalhar a contabilidade, mesmo a das pessoas naturais, e por melhor razão a das empresas.<sup>107</sup>

O então Ministro do STF parte de uma interpretação literal da Constituição: se não há dispositivo prevendo, logo, não há direito ao sigilo bancário. Conforme o trecho: “O sigilo bancário só existe no Direito brasileiro por força da lei ordinária. Não entendo que se cuide de garantia com status constitucional. Não se trata da intimidade protegida no inciso X do art. 5º da Constituição Federal.”<sup>108</sup>

Para ele, o inciso X da Constituição refere-se a uma intimidade na qual não se poderia incluir a mera “contabilidade”, ou seja, entende ele que as operações ativas e passivas das contas das pessoas não poderiam se incluir no conceito de intimidade.

O Ministro ainda questiona outro ponto, segundo ele, dever-se-ia questionar por que não quis o constituinte, seguido pelo legislador, dar ao cadastro bancário proteção igual à das comunicações telefônicas, as quais apenas podem ser levantadas mediante autorização judicial.<sup>109</sup>

Ante o exposto, em relação ao questionamento da proteção constitucional dada ao sigilo bancário, pode-se asseverar que o STF entende ter *status* de direito fundamental amparado nos incisos X e XII do art. 5º, CF/88.

### 3.3 DIREITO FUNDAMENTAL À INVIOABILIDADE DE DADOS

Costuma-se afirmar, outrossim, que o sigilo bancário estaria compreendido no sigilo de dados, previsto no inciso XII do mesmo artigo 5º da Constituição da República. Para melhor compreensão do raciocínio, cumpre transcrever o indigitado inciso da Carta Magna:

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.

<sup>107</sup> STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 118.

<sup>108</sup> STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 169.

<sup>109</sup> MAZUTTI, Gustavo Cesar. **O sigilo bancário na jurisprudência do STF: proteção constitucional e questões sobre sua relatividade**. Monografia da EF 2011. Disponível em <<http://bit.ly/JnB4e7>>. Acesso em> 23 de ago. de 2012.

Inicialmente, deve-se entender a amplitude da palavra “dados”, para assim, compreender sua amplitude constitucional.

Alguns comentários à Constituição Federal não se referem especificamente a modalidade “de dados” do sigilo constitucional, como por exemplo, o professor paulista José Cretella Jr. E Luís Pinto Ferreira não analisam com maior profundidade a questão, talvez, por entenderem não ser relevante ou pela nitidez do texto ou por conta da maior e natural preocupação com o sigilo de correspondência e o telefônico, de ampla repercussão na seara processual penal. Porém, Manoel Gonçalves Ferreira Filho acredita que o problema fica superado se considerarmos os dados como sendo “dados informáticos”.<sup>110</sup>

Antonio Carlos Nogueira Reis<sup>111</sup> em parecer, conclui que a inviolabilidade do sigilo de dados é direito fundamental da pessoa, constitucionalmente assegurado no art. 5º, XII, CF/88 que corresponde ao direito à privacidade consagrado no inc. X do mesmo artigo.

Tércio Sampaio Ferraz Junior<sup>112</sup> esclarece que o sigilo de dados, mencionado no artigo 5º, XII, da Lei Fundamental refere-se à comunicação (no interesse da defesa da privacidade), ou seja, ao sigilo “da correspondência e das comunicações telegráficas” e ao sigilo “de dados e das comunicações telefônicas”. Segundo o autor, o sigilo é violado ao “entrar na comunicação alheia, fazendo com que o que devia ficar entre sujeitos que se comunicam privadamente passe ilegitimamente ao domínio de um terceiro”. Desse modo, não são os dados em si que são invioláveis, mas a sua comunicação, isto é, “a troca de informações (comunicação) é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação”. A Constituição traz uma exceção, ao permitir a quebra de sigilo de comunicação telefônica, “para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” mediante autorização judicial.

Ives Gandra da Silva Martins alega que desde a promulgação da CF/88 que a Fazenda defende que sigilo de dados é diferente de sigilo bancário. E salienta que:

---

<sup>110</sup> CHAVES, João Freitas de Castro. A Lei Complementar nº 105/2001 em face aos direitos fundamentais: um exame do entendimento do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, n. 10, p. 233-266, dez. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27709>>. Acesso em: 10 ago. 2012.

<sup>111</sup> REIS, Antonio Carlos. A inviolabilidade do sigilo de dados e o dever de informação ao Fisco. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo. n. 45. Jul/ago. 2002. p. 184

<sup>112</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio.Op. Cit., p.145.

Sempre estive convencido de que a expressão sigilo de dados hospeda aquela de sigilo bancário. Esta é espécie daquele gênero. É, neste particular, que me parece absolutamente correta a postura do legislador e da jurisprudência e, preservar o sigilo bancário do arbítrio e admitir a sua quebra sempre que houver a autorização judicial<sup>113</sup>(Grifei)

E por fim, esclarece seu posicionamento explicando que o sigilo bancário não favorece a sonegação fiscal, pois esta ocorre por conta da rejeição social de que se reveste a norma tributária porque o Estado retira da sociedade mais do que necessário para a devolução em serviços públicos. A melhor forma de combater a sonegação seria adoção de política tributária justa e que apenas nos casos patológicos e de conduta delituosa seria configurada a sonegação, e a aqui sim, a quebra do sigilo seria justificada, mas nunca pelo livre arbítrio do agente fiscal.

É o entendimento do Min. Carlos Velloso, esposado no seguinte trecho: “O sigilo bancário protege interesses privados. É ele espécie do direito à privacidade, inerente à personalidade das pessoas e que a Constituição consagra (...)”<sup>114</sup>.

Esta posição deve ser confrontada com a de Celso Ribeiro Bastos, em obra conjunta com o próprio Ives Gandra da Silva Martins- Comentários à Constituição do Brasil<sup>115</sup>, na qual o primeiro ressalva que a expressão “dados”, contida no art. 5º, XII é imprópria, pois não seria o objeto da comunicação mas sim uma modalidade tecnológica de comunicação.

Na mesma linha de raciocínio encontra-se Sacha Calmon Navarro<sup>116</sup>.

Aurélio Pitanga Seixas Filho<sup>117</sup>, posicionando –se no sentido de que sigilo de dados não abrange sigilo bancário, aduz que o que é garantido pelo art. 5º, XII, CF/88 é a inviolabilidade da transmissão dados referentes às comunicações telegráficas, telefônica e correspondência, porém, isso não significa que esse direito individual permita que o cidadão-contribuinte tenha direito de manter sigilo sobre a existência de operações tributáveis transmitidas por esses meios de comunicação.

---

<sup>113</sup> MARTINS, Ives Gandra. Sigilo Bancário em Matéria Fiscal. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, v. 3, n. 12, jul/set 1995.p. 71.

<sup>114</sup> STF: PET-QO 577, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25/03/1992, p. 16.

<sup>115</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2º volume. São Paulo: Saraiva, 1989.p.73.

<sup>116</sup>Cf. A favor da quebra de sigilo, jornal Estado de Minas. Endereço eletrônico: [www.estaminas.com.br/opniao/012607.htm](http://www.estaminas.com.br/opniao/012607.htm)

<sup>117</sup> SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga.Op. cit., p.243.

Paulo Quezado e Rogério Lima<sup>118</sup> entendem que, de fato, a Constituição Federal de 1988 não trouxe explicitamente a expressão “sigilo bancário”, porém isso não significa que não esteja protegido constitucionalmente, pois aduzem que, se assim fosse, o princípio da proporcionalidade também não seria constitucional, já que também não está previsto na Lei Maior.

Asseveram os citados autores que sigilo de dados é o gênero e sigilo bancário é uma espécie daquele.

O fato de CF/88 não ter especificado o que vem a ser a expressão *sigilo de dados* levou os Ministros do STF a grande divergência interpretativa. A posição majoritária<sup>119</sup> é a de que se tutelam as *comunicações de dados* e não a transferência dos *dados em si*. Nas palavras do Min. Cezar Peluso:

É interessante observar a redação do dispositivo, porque há realmente duas cláusulas no texto. A correspondência como tal e a comunicação telegráfica são tratadas em conjunto. A comunicação de dados, como fenômeno típico do mundo moderno e que é a rede mundial de computadores, é, ao lado da comunicação telefônica, processo muito rápido de transmissão e está na segunda cláusula.<sup>120</sup>

E continua:

Então, houve, ao que parece, preocupação de tratar em conjunto duas grandes classes ou duas grandes modalidades de comunicação, mas compreendendo todas. Sem dúvida, o inviolável, nos termos da Constituição, não são quaisquer elementos da informação ou de informática, mas os processos de comunicação em si. **O objeto tutelado, portanto, é o processo de comunicação, enquanto restrito aos comunicantes, independentemente do conteúdo da comunicação, porque se trata, na verdade, de resguardar a privacidade dos interlocutores em ato típico de intersubjetividade.** (grifei)

Esclarecida a controvérsia que existe acerca da amplitude do conceito da palavra “dados” no inciso XII, do art. 5º, CF/88, em que, há autores que entendem a expressão sigilo dados como ampla, e, portanto abrange sigilo bancário, e outros, que acompanham o STF e creem que quando o legislador referiu-se a sigilo de dados, apenas quis referir-se a comunicação em si, e não ao seu conteúdo. Resta, nesse momento, discutir acerca da relatividade do sigilo bancário.

### 3.4 RELATIVIDADE DO SIGILO BANCÁRIO

<sup>118</sup> QUEZADO, Paulo; LIMA, Rogério. Op. Cit., p. 32.

<sup>119</sup> Apenas o Min. Marco Aurélio entende que a proteção refere-se aos dados em si e não a sua comunicação.

<sup>120</sup> STF: RE 418.416, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 05/10/2006, p. 1309.

Apesar da importância atribuída ao sigilo bancário, entendido pela doutrina majoritária- que já foi exposto- como direito fundamental na atual ordem jurídica brasileira, é pacífico seu caráter relativo, que como tal deve ceder diante de outros interesse não menos relevantes.

“Nunca é demais lembrar que tem caráter relativo e evolutivo; que o instituto protege interesse privados, mas ‘serve ao bem público’”.<sup>121</sup>

Esse é o posicionamento dos Tribunais Superiores. A jurisprudência do STF é rica em precedentes que nunca deixaram de entender o sigilo bancário como um direito individual não absoluto, podendo ser quebrado ante um interesse público, no entanto, necessariamente, por determinação judicial. É o que defende o Min. Celso de Mello na seguinte passagem:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das liberdades públicas, uma vez respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.<sup>122</sup>

Bem como no trecho: “Apenas o Judiciário, ressalvada a competência das CPIs, pode eximir as instituições financeiras do dever que lhes incumbe em tema de sigilo bancário”.<sup>123</sup>

Do mesmo modo o Min. Ricardo Lewandowski:

Eu tenho expressado a minha preocupação no sentido de que a cada semana, praticamente, vemos os mais diferentes órgãos desejando a quebra de sigilo de dados cobertos exatamente por essa proteção constitucional sem a intermediação do Poder Judiciário. Penso que é hora de fortalecermos o Poder Judiciário. O Judiciário, que tem 16 mil magistrados em todas as suas instâncias, está disponível, a qualquer momento, se as circunstâncias e o caso assim autorizarem, a determinar a quebra do sigilo.<sup>124</sup>

E o Min. Gilmar Mendes:

No que diz respeito ao acesso à conta com todas as suas conseqüências, não se trata de negar esse acesso, mas simplesmente de exigir que, tendo em vista o valor de que se cuida dos direitos fundamentais, haja a

---

<sup>121</sup>HAGSTROM, Carlos Alberto. O sigilo bancário e o poder público. **Revista de Direito. Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 79, jul./set., 1990. p. 41.

<sup>122</sup> STF: MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/09/199, p. 117.

<sup>123</sup> STF: AC 33, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/11/2010, p. 100

<sup>124</sup> Ibid., p. 52

observância do princípio da reserva de jurisdição. Portanto, não se trata de impedir o acesso.<sup>125</sup>

Esse caráter é nítido na fala do Min. Carlos Velloso:

(...) esta quebra não pode ser feita por quem não tem o dever de imparcialidade. Somente pode ser realizada pela autoridade judiciária, dado que esta procederá sempre com cautela, com prudência, com moderação, porque estas são virtudes inerentes à magistratura, ou virtudes que os magistrados devem possuir.<sup>126</sup>

Destarte, é pacífico o entendimento de que Judiciário pode requisitar informações às pessoas e instituições que impliquem na quebra do sigilo.

Maria José Oliveira Lima Roque<sup>127</sup> sustenta que, “apesar de consagrado mundialmente, o sigilo bancário não é absoluto. Nenhum direito é absoluto. Todos os direitos, mesmos os mais elementares, comportam limitações.”

Liliane Batista<sup>128</sup> revela que todos os direitos admitem limitações, por conta das exigências sociais e em atenção ao bem comum. Não há direito fundamental individual absoluto.

Paulo Quezado e Rogério Lima<sup>129</sup> trazem uma interessante ponderação, pois afirmam que o sigilo bancário, enquanto considerado direito fundamental, é oponível a todos e, portanto absoluto, contudo, por outro lado, quando confrontado com outro direito tão importante quanto torna-se relativo, pois o ordenamento jurídico é composto por direitos que devem conviver harmoniosamente.

Ives Gandra da Silva Martins<sup>130</sup> sustenta que a quebra do sigilo bancário pode até se justificar, mas nunca pelo livre arbítrio do agente fiscal. Entende que a autorização judicial é um exame imparcial da licitude do pedido, o qual somente deve ocorrer na hipótese de interesse público, e que o sigilo esteja acobertando caso de sonegação evidente e não mero palpite por parte do Fisco.

---

<sup>125</sup> STF: RE 389.808, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/12/2010, p. 239, p. 239.

<sup>126</sup> STF: PET-QO 577, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25/03/1992, p. 136.

<sup>127</sup> ROQUE, Maria José Oliveira Lima. Op. Cit., p.95.

<sup>128</sup> BATISTA, Liliane Maria Busato. Op. Cit., p. 63.

<sup>129</sup> QUEZADO, Paulo; LIMA, Rogério. Op. Cit..p.36.

<sup>130</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. Op. Cit., p. 74.

Arnoldo Wald<sup>131</sup> assevera:

Apesar da relevância da função do sigredo nas relações financeiras, o sigilo bancário não é um direito absoluto, encontrando limitações no eventual interesse coletivo na sua quebra e na prevalência da justiça e da segurança social. Todavia, as restrições devem ser legalmente estabelecidas e a revelação de informações financeiras somente poderá ocorrer com a instauração de processo judicial, no qual estará garantido o contraditório e ampla defesa.

E José Augusto Delgado<sup>132</sup> confirma “Em determinadas hipóteses, todavia, o interesse público há de prevalecer sobre o individual, mas caberá a um outro poder definir se tais hipóteses efetivamente ocorrem (...)”.

Ante o exposto, é evidente a relatividade do sigilo bancário e que, quando confrontado com outro direito fundamental, deve ser sopesado perante este para uma efetiva prestação jurisdicional. Todavia, não se perder de vista que os sacrifícios dos direitos individuais só são justificados quando o interesse coletivo surgir, no caso concreto.

#### **3.4.1 A quebra do sigilo bancário e o princípio do devido processo legal**

Já restou assentado que o sigilo financeiro é um direito relativo e pode excepcioná-lo diante de outros direitos de interesse público.

A constituição Federal de 1988 prevê em seu art. 5º, inc. LIV que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”;

Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco<sup>133</sup> aduzem a importância do devido processo legal:

O conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição.

---

<sup>131</sup> WALD, Arnoldo. Op. Cit., p.25.

<sup>132</sup> DELGADO, José Augusto. Op. Cit., p.42.

<sup>133</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini ; DINAMARCO, Cândido Rangel ; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo . **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2011.p. 82

E Humberto Theodoro Júnior<sup>134</sup> sustenta que:

Garantia do devido processo legal, porém, não se exaure na observância das formas da lei para a tramitação das causas em juízo. Compreende algumas categorias fundamentais como a garantia do juiz natural ( CF, art. 5º, inc. XXXVII) e juiz competente ( CF, art 5º, inc. LIII), a garantia de acesso à justiça ( CF, art. 5º, inc. XXXV) de ampla defesa e contraditório (art. 5º, inc. LV) e, ainda fundamentação de todas as decisões judiciais ( art. 93, inc. IX).

Conforme Paulo Quezado e Rogério Lima<sup>135</sup>, o direito ao sigilo bancário é um direito fundamental e por isso, é uma peça essencial para a conformidade do sistema jurídico-constitucional e, por conta dos princípios que regem o Estado Democrático de Direito, entendem que deve ser observado o devido processo legal para excepcionar o sigilo.

Nesse passo, a doutrina de Wald<sup>136</sup>:

A fixação dos limites do direito ao sigilo bancário, que podem ser estabelecidos pela legislação ordinária, obedece ao princípio do equilíbrio que Constituição determina que deva existir, quando, o próprio art. 5º, inc. LIV, dimensiona o grau e as condições da privação da liberdade e determinar que: 'ninguém será privado da liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal'. A norma, que se aplica a todos os casos de liberdade individual, também incide em relação ao sigilo bancário, que só pode sofrer restrições desde que obedecido o '*devido processo legal*', **que constitui um freio à arbitrariedade e até ao poder discricionário**".(grifei)

Todavia, antes de continuar, é preciso delimitar o campo de incidência desse princípio.

Hugo de Brito Machado<sup>137</sup> delimita o *devido processo legal* atribuindo dois sentidos à expressão: um formal e outro substancial. Pelo primeiro, entende-se que ninguém poderá ter seu direito à liberdade ou de seus bens cerceado, senão através de um processo siga as normas legais que disciplinem o processo para que seja atendido o princípio.

Quanto ao segundo, é a necessidade de limitar, positiva e negativamente o teor das normas jurídicas que disciplinam o processo, a fim assegurar a igualdade das

---

<sup>134</sup>THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 42 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.157.

<sup>135</sup> QUEZADO, Paulo; LIMA, Rogério. Op. Cit..p.40.

<sup>136</sup> WALD, Arnoldo. Op. Cit.,p.249.

<sup>137</sup> MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.51-52.

partes envolvidas, o contraditório e a ampla defesa. Tais conceitos no se excluem, pelo contrário, se complementam.

No inciso seguinte ( art. 5º, inc. LV, CF/88) , dispõe que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa.

Trata-se de um desdobramento do princípio do devido processo legal:

Por ampla defesa entende-se que às partes em litígio devem ser assegurados todos os meios necessários à articulação de suas pretensões, à comprovação dos fatos sobre os quais estas se fundam e à reforma de decisões eventualmente equivocadas.<sup>138</sup>

No tocante ao contraditório:

Trata-se de um princípio segundo o qual deve ser dada ciência às partes do que se faz ou que se pretende que seja feito no processo e a possibilidade de cooperar e contrariar<sup>139</sup>;

Cabe aqui, diferenciar processo, procedimento e procedimento administrativo. Necessário explicar que quando se fala em processo e procedimento, no campo judicial e administrativo, não há uma unidade conceitual. No direito administrativo, é comum falar-se em *procedimento* no sentido de *processo* , como usa na atividade judicial.<sup>140</sup>

Nas lições de Alexandre Câmara Freitas<sup>141</sup>:

(...) o processo é uma entidade complexa, de que o procedimento é um dos elementos formadores. O procedimento, como visto, é o aspecto extrínseco do processo. O processo não é o procedimento, mas o resultado da soma de diversos fatores, um dos quais é exatamente o procedimento.

Zanella Di Pietro<sup>142</sup> transpondo o conceito da área judicial para a administrativa ensina que “o procedimento é conjunto de formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativos; equivale a rito, a forma de proceder...”

---

<sup>138</sup> MACHADO, Hugo de Brito.Op. Cit., p.53.

<sup>139</sup> MACHADO, Hugo de Brito.Loc. Cit.

<sup>140</sup> QUEZADO, Paulo; LIMA, Rogério. Op. Cit..p.43.

<sup>141</sup> CAMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 9º ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011.p.141.

<sup>142</sup>DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 24. ed São Paulo: Atlas, 2011.p.397.

Seguindo adiante no tocante ao devido processo legal, Juliana Garcia Belloque<sup>143</sup>, sustenta que a motivação, quer dizer, a fundamentação da decisão judicial- os motivos que levaram o Juiz a determinar ou não a quebra do sigilo- desempenha importante função, pois é uma verdadeira garantia tanto no plano político como no processual, assegurando, assim, a imparcialidade do magistrado e observância da legalidade.

Dessa forma, pode-se asseverar que, apesar do sigilo bancário ser um direito fundamental, e por isso, relativo, pois para harmonia do sistema jurídico, o ordenamento não comporta direitos absolutos. Não pode ser excepcionado de forma arbitrária, ao bel-prazer do Estado, não possibilitando ao contribuinte, ao menos, a oportunidade de discutir a licitude de tal medida.

*Ex positis*, é possível concluir que o sigilo bancário só pode sofrer restrições se dentro das coordenadas jurídicas emitidas pelo devido processo legal em sentido substancial e processual.

### **3.4.2 A quebra do sigilo bancário e o princípio da proporcionalidade**

Em tópicos precedentes concluiu-se que a CF/88 abriga o sigilo bancário como manifestação do direito à intimidade, porém, deve ressaltar que há circunstâncias, em que há choque de direitos, e sempre que princípios constitucionais aparentemente colidirem, deve o intérprete chegar a uma conclusão que harmonize as normas do sistema, pois em face do princípio da unidade constitucional, a Constituição não pode estar em desordem consigo mesma, apesar da heterogeneidade de regras e princípios que contém.

Assim, diante de tais conflitos, é necessário realizar o chamado sopesamento ou avaliação ponderada dos fins, em outras palavras, é preciso aplicar o princípio da proporcionalidade.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>144</sup> entende-se por princípio:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito

---

<sup>143</sup> BELLOQUE, Juliana Garcia. Op. Cit., p.103.

<sup>144</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.p. 747-748.

e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todos os sistemas de comandos.

Explica Paulo de Barros Carvalho<sup>145</sup> que os princípios “são normas jurídicas carregadas de forte conotação axiológica. É o nome que se dá a regras do direito positivo que introduzem valores para o sistema, influenciando vigorosamente sobre a orientação de setores da ordem jurídica”.

Em relação ao princípio da proporcionalidade, explica Luis Roberto Barroso<sup>146</sup> que tal não está previsto na Constituição, mas tem seu fundamento nas ideias de devido processo legal substantivo e na de justiça. Sustenta que é uma ferramenta de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público por comportar o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público, e por atuar como medida que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para o melhor alcance do fim constitucional a qual se destina.

Paulo Bonavides<sup>147</sup> elucida que há três elementos que governam a composição do princípio em questão:

O primeiro é a pertinência ou aptidão, ou seja, deve dizer se determinada medida representa o meio certo para alcançar um fim baseado no interesse público. O segundo é a necessidade de que a medida não exceda os limites indispensáveis para a conservação do fim legítimo da norma. E por fim, o terceiro elemento consiste na proporcionalidade em sentido estrito, isto é, deve haver ponderação, verifica-se a relação custo-benefício, quer dizer, constatação das vantagens e desvantagens para o cidadão, a partir dos meios utilizados pelo legislador.

Ensinam Quezado e Lima<sup>148</sup>:

Nos casos em que se questione a abertura do sigilo bancário, aquele que avaliá-la deverá pautar sua decisão pelas respostas às seguintes indagações:  
1ª) A quebra do sigilo bancário, diante das circunstâncias do caso concreto,

<sup>145</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário, São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.p. 143.

<sup>146</sup>BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 126

<sup>147</sup>BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional** , 26ª Ed. São Paulo:Malheiros Editora. 2011. p. 377.

<sup>148</sup> QUEZADO, Paulo; LIMA, Rogério. Op. Cit..p.49.

será adequada para se atingir o interesse público requerido? 2ª) A quebra do sigilo bancário será também imprescindível para o fim almejado, de forma a não se permitir sua substituição por outra medida? 3ª) há uma justa medida entre a restrição do direito sigilo bancário e a satisfação do interesse público pretendido?(...)Quando todas essas diretrizes forem devidamente observadas, poder-se-á falar, verdadeiramente, em respeito ao princípio da proporcionalidade.

Assim, aplica-se esse princípio da proporcionalidade na procura do equilíbrio entre o exercício do poder e a preservação dos direitos dos cidadãos. Ele oportuniza a comprovação da compatibilidade entre a norma criada pelo legislador e os fins almejados por este, bem assim a aferição da legitimidade desses objetivos.

No tocante ao pedido de quebra do sigilo bancário, o Poder Judiciário deve sopesar os interesses em causa. Dessa forma, partindo do pressuposto que é constitucional a quebra do segredo mediante autorização judicial, esta deve obedecer a padrões rigorosos de aferição entre os interesses em confronto. De um lado, existe o direito de resguardo dos dados do sigilo, aliado ao interesse da instituição em não revelá-los, em decorrência da natureza da atividade que exerce, bem como há o interesse da sociedade por conta da necessidade de se preservar a estabilidade do mercado financeiro, e de outro, o interesse de desvendar práticas e comportamentos para repressão de certos delitos no país <sup>149</sup>.

Deve-se deixar claro, portanto, que o levantamento do sigilo, deve ser devidamente fundamentado pelo Juiz, expondo as razões sólidas e claras que comprovem, através do princípio da proporcionalidade, ser a medida imprescindível, pois se estará restringindo um direito fundamental tido como inviolável pela Carta Magna, sendo isso, o mínimo exigível de um Estado Democrático de Direito.

---

<sup>149</sup>BATISTA, Liliane Maria Busato. Op. Cit., p. 119.

#### 4 SIGILO BANCÁRIO E O SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL

Tendo em vista a Constituição brasileira, pode-se afirmar que é um sistema aberto de regras e princípios<sup>150</sup>.

Trata-se de um *sistema* porque possui regras de diversos tipos, funções e natureza diversas, mas ordenadas entre si, condicionando-se mutuamente e voltadas para garantir valores da pessoa humana, notadamente o da dignidade humana<sup>151</sup>.

É um sistema *aberto* porque troca informações com os sistemas que se acham no seu entorno, sendo levado neste último caso a modificar-se<sup>152</sup>.

Por fim, é um sistema composto por princípios e regras. Isto denota que a Constituição não é um aglomerado caótico de normas que conservam entre si o mesmo grau de importância. Tais normas, a despeito de terem propriedades distintas, articulam-se entre si, com o fim de asseverar o respeito a valores fundamentais, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana, formando o todo unitário<sup>153</sup>.

Os princípios são mandamentos nucleares do sistema, verdadeiras bases dele, disposições fundamentais que se alastram sobre diversas normas, acomodando seu espírito e servindo de critérios para sua exata captação e inteligência<sup>154</sup>.

Os princípios distinguem-se das regras por conta do maior grau de abstração por serem incertos e indeterminados, compondo espaços livres para complemento e desenvolvimento do sistema, por não se restringirem a aplicação a uma determinada e precisa circunstância, podem materializar-se em diversas normas da Constituição ou cuja concretização a própria Constituição impõe<sup>155</sup>.

---

<sup>150</sup>CARVALHO, Márcia Haydeé Porto de. Op. Cit., 110.

<sup>151</sup>RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **O controle concentrado de constitucionalidade das leis no Brasil: filosofia e dimensões jurídico-políticas**. São Paulo: IBDEC, 2000, p.101.

<sup>152</sup>Ibid., p.103.

<sup>153</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes.Op. Cit., p.1.056.

<sup>154</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito constitucional**. São Paulo: RT, 1980,p.280.

<sup>155</sup>CARVALHO, Márcia Haydeé Porto de. Op. Cit., 111.

As regras constitucionais têm, relativamente aos princípios, uma abstração reduzida; densificam os princípios comandando a sua exigência, ou seja, obrigando, permitindo ou proibindo diametralmente uma conduta; comumente, despontam o seu pressuposto, fato ou hipótese de incidência e tem sua aplicação limitada a essa situação fática<sup>156</sup>.

Os princípios constitucionais aparentemente colidentes podem harmonizar-se, desde que abandonem a aspiração de serem interpretados de forma absoluta. Isso é plausível porque as normas-princípios admitem o balanceamento de valores e interesse, conforme seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente contraditórios<sup>157</sup>.

Percebe-se, pois, que os princípios constitucionais expõem valores ou pesos distintos que precisam ser definidos no momento de sua interpretação e aplicação ao caso concreto, quando se tenta chegar à vontade unitária da constituição<sup>158</sup>.

As regras, diferentemente, seguem a lógica do tudo ou nada, sendo insustentável a validade de regras contraditórias.

A diferença entre princípios e regras é alvo de fundadas críticas por parte de Humberto Ávila.

Desenvolvendo seu pensamento, aduz o autor que a distinção entre princípios e regras não pode ser motivada: 1) pela falta da prescrição de condutas e consequências no caso de princípios, mas, pelo tipo de prescrição de comportamentos e consequências; 2) pela forma de aplicação de regras e princípios, se tudo ou nada ou mais ou menos, respectivamente, mas, pelo modo de justificação necessário a aplicação; e 3) pela ausência de ponderação na aplicação das regras, mas, pelo tipo de ponderação realizada e o modo como deve ser fundamentada<sup>159</sup>.

#### 4.1 PRINCÍPIO DA ISONOMIA TRIBUTÁRIA

Aqui será abordado o princípio que fundamenta a quebra do sigilo bancário pela administração tributária.

---

<sup>156</sup> CARVALHO, Márcia Haydeé Porto de. Op. Cit., 111.

<sup>157</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Op. Cit., p. 174

<sup>158</sup> CARVALHO, Márcia Haydeé Porto de. Op. Cit., 112.

<sup>159</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2005.p., p. 31-70

Na Constituição Federal de 1988, o princípio da isonomia foi prescrito, de forma genérica, no *caput* do art. 5º, nos seguintes termos:

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, [...].

Ives Gandra Martins<sup>160</sup> conceitua o princípio da igualdade asseverando que qualquer que sejam os contribuintes, independente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos, o tratamento isonômico se impõe, vedada qualquer forma de atuação discricionária.

Conceitua o eminente constitucionalista José Joaquim Gomes Canotilho<sup>161</sup> :

Existe observância da igualdade quando os indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente ( proibição do arbítrio) tratados como desiguais. Por outras palavras: o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária.

Consoante o autor Hugo de Brito Machado<sup>162</sup>:

O princípio da igualdade é a projeção, na área tributária, do princípio geral da isonomia jurídica, ou princípio pelo qual todos são iguais perante a lei. Apresenta-se aqui como garantia de tratamento uniforme, pela entidade tributante, de quantos se encontrem em condições iguais. [...]

Mister se faz destacar que, no plano doutrinário, surgem duas fases ou dimensões da igualdade: igualdade perante a lei e a igualdade na lei.

Hugo de Brito Machado<sup>163</sup> explica que igualdade perante a lei é uma faceta da isonomia dirigida aos aplicadores do Direito, pois devem aplicar as normas isonomicamente a todos aqueles que realizarem a conduta descrita na hipótese legal. Verifica-se que a igualdade estar-se-á sendo cumprida, no plano formal, de maneira uniforme para todos os cidadãos a se dirige.

Por sua vez, a igualdade na lei ( ou através da lei) é diferente, volta-se ao legislador, afim de que se institua norma com respeito ao imperativo corrente: *tratar*

---

<sup>160</sup>MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O Sistema Tributário na Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 267.

<sup>161</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: ed. Almedina. 7ª edição, 2010. p. 398.

<sup>162</sup> MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 37.

<sup>163</sup> Ibid., p. 39

*os iguais na medida que se igualem, e os desiguais, na medida de suas desigualdades.*

O princípio da isonomia tributária, a seu turno, está previsto no art. 150, II da Constituição Federal de 1988:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

Afirma Sacha Calmon Navarro Coêlho<sup>164</sup> que a igualdade na tributação, capacidade contributiva e extrafiscalidade formam uma intrincada teia. Enuncia o autor, nesse compasso, algumas regras que devem nortear a aplicação do princípio da isonomia tributária: (a) o princípio em questão impõe ao legislador o tratamento desigual aos desiguais, (b) porém, deve fazê-lo atento à capacidade contributiva das pessoas naturais e jurídicas.

Aliomar Baleeiro<sup>165</sup> alega que a capacidade contributiva e a igualdade não são mais princípios implícitos na Constituição de 1988, mas expressos e integrantes dos direitos e garantias fundamentais do cidadão contribuinte.

#### 4.2 PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

O princípio está albergado no art. 145,§1º da CF/88:

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

---

<sup>164</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988 – Sistema Tributário**, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 272.

<sup>165</sup>BALEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.p. 521.

Embora vinculado ao princípio da isonomia, não se confunde com este. O princípio da capacidade contributiva serve para a consecução de um efetivo ideal de justiça para o Direito Tributário<sup>166</sup>.

Seria, portanto, uma busca da equidade na tributação, na visão dos economistas, liga-se ao modo como os recursos são distribuídos pela sociedade, desdobrando-se em duas dimensões: (I) na equidade horizontal – tratamento igual dos indivíduos considerados iguais, e (II) equidade vertical- tratamento desigual aos indivíduos desiguais.

Assim, o princípio em questão, evidencia uma das dimensões da isonomia, a saber, *igualdade na lei*, ou seja, busca o tratamento distinto de situações diversas.

Cumprido, neste ponto, trazer o argumento usado pelos autores que entendem que o sigilo bancário apostado contra autoridade fiscal é incompatível com o dever de dar efetividade ao princípio da capacidade contributiva.

Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho<sup>167</sup> traz à colação pronunciamentos retirados da obra “Caderno de Pesquisas Tributárias” que cuida do tema “Princípios Constitucionais Tributários”.

Dentre eles, Hugo de Brito Machado<sup>168</sup>, segundo o qual, o art. 145, §1º, CF/88 não estabelece direito individual, na verdade, cuida da faculdade da administração em, respeitados os limites da lei, identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes. Afirma que tal é indispensável para a Administração Pública, pois se assim não fosse, ela apenas poderia tributar nos limites em que os contribuintes declarassem voluntariamente os fatos tributáveis. Deixaria, então, o tributo de ser uma prestação pecuniária compulsória para se torna voluntária.

Pondera Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho<sup>169</sup> ser inadmissível que os contribuintes tenham qualquer direito de impedir o fisco de cumprir seu poder de fiscalizar e tributar corretamente, o que implica a faculdade de identificação do patrimônio, rendimentos e atividades que indiquem substância contributiva, desde que

---

<sup>166</sup> ANDRADE, Rodrigo Fonseca Alves de. O princípio base da capacidade contributiva e a sua aplicação diante de uma pluralidade de tributos. **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 38, n. 149, jan./mar. 2001, p. 127.

<sup>167</sup> SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. **Sigilo bancário e a administração tributária**. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, São Paulo, v. 3, n. 11, abr./jun. 1995. p. 61-62.

<sup>168</sup> MACHADO, Hugo de Brito. **Caderno de Pesquisa Tributária**. Vol. 18, São Paulo:Ed. Resenha Tributária, 1993, p.85-86.

<sup>169</sup> SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. *Op. Cit.* p. 57-58.

respeitados os direitos individuais pertinentes e com a observância do devido processo legal.

## **5 ÓRGÃOS COMPETENTES PARA DETERMINAR A QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO**

No presente capítulo serão analisadas as normas legais que atribuem ao órgão ou autoridades a possibilidade de levantar o sigilo bancário, bem assim será analisado o posicionamento da doutrina e, principalmente, da jurisprudência sobre o assunto.

O art. 38 da lei Lei nº 4.595/64 (já revogado) determinava a competência do Judiciário para ordenar ao Banco Central do Brasil e às instituições financeiras que apresentassem dados sobre o segredo bancário de seus clientes. Também admitia que Legislativo e a CPI, por aprovação do Congresso Nacional, que requisitassem diretamente dos bancos as informações necessárias.

A lei complementar 105/01 tentou trazer de maneira exaustiva os órgãos competentes para determinar a quebra do sigilo bancário, tendo como principal novidade, a faculdade de o Fisco também poder determinar a medida desde que haja processo administrativo ou fiscal e que tal ação seja considerada imperativa pela autoridade competente.

### **5.1 PODER JUDICIÁRIO**

A quebra do sigilo mediante determinação judicial está expressa no art. 3º da LC 105/01, nos seguintes termos:

Art. 3º Serão prestadas pelo Banco Central do Brasil, pela Comissão de Valores Mobiliários e pelas instituições financeiras as informações ordenadas pelo Poder Judiciário, preservado o seu caráter sigiloso mediante acesso restrito às partes, que delas não poderão servir-se para fins estranhos à lide.

O artigo acima não trouxe qualquer inovação, uma vez que em relação ao art. 38, §1º da lei 4.595/64 essa sempre foi considerada constitucional.

Posto isto, o dispositivo traz como formalidades a serem seguidas: a existência de processo judicial em curso e conservação do caráter sigiloso das informações obtidas, mediante acesso restrito às partes e seus procuradores, bem como a observância do devido processo legal, salvo na fase inquisitória da apuração criminal, do inquérito civil ou do procedimento administrativo preparatório; individualização do investigado e do objeto de investigação; fundamentação da decisão<sup>170</sup>.

A CF/88 no seu art. 5º, inc. XXXI dispôs:

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:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Não há questionamento sobre o poder do Judiciário de excepcionar o sigilo bancário, pois é inerente à própria função exercida por ele concedida pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Porém, o ponto crucial a ser observado em análise de quebra do sigilo é a questão da razoabilidade que decorre do direito ao devido processo legal consagrado no art. 5º, inc. LIV<sup>171</sup>, CF/88 e ao princípio da proporcionalidade, este derivado do sistema constitucional de proteção aos direitos fundamentais, fornecendo critérios para sua limitação.

Há de se verificar, conforme observação de Arnoldo Wald<sup>172</sup>, qual seria a *decisão menos gravosa*, e tal averiguação deve começar da constatação do interesse dominante: se houver real interesse público em determinada situação, a *decisão menos gravosa* será aquela que excepcionar a quebra do sigilo; a outro giro, não havendo efetivo interesse público na quebra do sigilo, será menos gravosa a decisão que não a decretar.

Requer-se a existência de um interesse público na quebra do sigilo, não se pode determinar a quebra do sigilo se no processo apenas estiverem envolvidos interesses de particulares. Nesse sentido, é majoritária a jurisprudência<sup>173</sup> a este

---

<sup>170</sup> CARVALHO, Márcia Haydeé Porto de. Op. Cit., 203.

<sup>171</sup> Art. 5º[...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

<sup>172</sup> WALD, Arnoldo. Op. Cit., p.26.

<sup>173</sup> O Superior Tribunal de Justiça, com efeito, já decidiu, no julgamento do AGA 225634/SP, que "As informações sobre a movimentação bancária do executado só devem ser expostas em casos de grande relevância para a prestação jurisdicional". No AGA 184948 disse que "O sigilo bancário não deve ser

respeito: não se decreta a quebra do sigilo bancário se tal quebra for objeto, tão somente, do interesse de um particular<sup>174</sup>.

Nesse sentido destaca-se o Min. Maurício Corrêa:

(...) está calcada em dois princípios fundamentais: o primeiro diz que o direito ao sigilo bancário é um direito individual, mas não absoluto, porque cede diante do interesse público; o segundo princípio informa que a violação do sigilo bancário só é permitida no interesse da justiça e por determinação judicial<sup>175</sup>.

O Min. Ilmar Galvão motiva a exceção também no princípio do devido processo legal, embora deixe claro se tratar de uma justificativa complementar ao interesse público:

Cabe a providência ao Poder Judiciário, cuja decisão, além de fundamentada e respaldada pelo devido processo legal, deverá contemplar caso específico (...), *havendo, ainda*, de ser justificada **por evidente interesse público**, ameaçado não por um perigo duvidoso e remoto, mas por um perigo evidente e atual<sup>176</sup>. (Grifei)

Inclusive, nesse sentido, há a recente lei federal nº 12.527/11<sup>177</sup>, que garante ao cidadão a disponibilização de informações pelas instituições públicas, de seu interesse particular ou coletivo geral, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, por meio de processos objetivos e ágeis. Permitindo, dessa forma, o efetivo exercício do direito à cidadania.

Ainda é trazido pelos Ministros as Suprema Corte a questão da independência e imparcialidade do Poder Judiciário, ponto esse sempre trazido à baila quando se discute a legitimidade para quebra do sigilo. Esse caráter é claro no discurso do Min. Carlos Velloso:

(...) esta quebra não pode ser feita por quem não tem o dever de imparcialidade. Somente pode ser realizada pela autoridade judiciária, dado que esta procederá sempre com cautela, com prudência, com moderação, porque estas são virtudes inerentes à magistratura, ou virtudes que os magistrados devem possuir<sup>178</sup>.

---

afastado se não em situações especiais em que se patenteie relevante interesse da administração da Justiça. Tal não se configura quando se trate apenas de localizar bens para serem penhorados, o que é rotineiro na prática forense". No mesmo sentido se decidiu no RESP 144062/SP e no RESP 128461/PR.

<sup>174</sup>PEREIRA, Joana Carolina Lins. Sigilo bancário. **Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife**, n. 2, p. 187-212, maio 2001. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/28072>>. Acesso em: 21.08.12

<sup>175</sup> STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 97 e 98.

<sup>176</sup> STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 129.

<sup>177</sup> Lei de Acesso à Informações.

<sup>178</sup> STF: PET-QO 577, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25/03/1992, p. 136.

Deve-se, ainda, abordar o princípio da reserva constitucional da jurisdição, que segundo o qual a prática de certos atos, por expresso mandamento constitucional, cabe tão somente aos magistrados, sendo excluída a possibilidade de qualquer outra autoridade exercê-lo, até mesmo aqueles a quem a Constituição, eventualmente, atribuiu o exercício de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais<sup>179</sup>. É o que ocorre, no Brasil, no caso de busca domiciliar (art.5º, inc.IX, CF), interceptação telefônica (art.5º, inc. XII, CF/88) e prisão fora dos casos de flagrante (art 5º, inc. LXI, CF/88)<sup>180</sup>.

Juliana Belloque<sup>181</sup> sustenta que a quebra do sigilo submete-se à reserva de jurisdição e, portanto, apenas o Judiciário teria competência para tanto.

Da mesma forma dispõe Celso Bastos<sup>182</sup> quando afirma que o acesso na vida privada das pessoas mediante sua movimentação bancária cabe exclusivamente ao Judiciário, por pertencer ao rol dos direitos individuais.

Assim também pensa Hugo de Brito Machado<sup>183</sup> ao dizer que a quebra do sigilo deve ser posta sob reserva de jurisdição em razão do valor do direito à intimidade e à vida privada.

Conclui-se que é pacífico o entendimento na jurisprudência o juízo de que o Poder Judiciário pode ordenar a quebra do sigilo bancário, está previsto na LC 105/01, e antes na Lei. 4.595/64.

Terminados os comentários sobre da quebra do sigilo por decisão judicial, cumpre avaliar agora a possibilidade de quebra por decisão de Comissão Parlamentar de Inquérito.

## 5.2 COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO

---

<sup>179</sup> O STF citou as seguintes competências circunscritas à “reserva de jurisdição”: decreto de busca domiciliar (art.5º, inc.IX, CF), interceptação telefônica (art.5º, inc. XII, CF/88) e prisão fora dos casos de flagrante (art 5º, inc. LXI, CF/88). (STF: PET-QO 577, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25/03/1992; STF: MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/09/1999 e STF: MS 23.851, Rel. Min. Celso de Mello, j. 26/09/2001).

<sup>180</sup> CARVALHO, Márcia Haydeé Porto de. Op. Cit., 160.

<sup>181</sup> BELLOQUE, Juliana Garcia. Op. Cit., p. 120.

<sup>182</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2º volume. São Paulo: Saraiva, 1989.p.200.

<sup>183</sup> MACHADO, Hugo de Brito. A quebra do sigilo bancário. **Repertório IOB de jurisprudência**. Caderno 1. São Paulo, n.9, mai. 2001.p.52.

O art. 58, §3º, CF/88 prevê a possibilidade de decretação de quebra do sigilo por Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI<sup>184</sup>, a seguir reproduzido:

**§3º:As Comissões Parlamentares de Inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais**, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.(grifei)

Dirley da Cunha<sup>185</sup> assevera que as CPIs são comissões necessariamente temporárias e podem ser criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração determinado e por prazo certo.

De acordo com o artigo acima transcrito as CPIs terão *poderes de investigação* próprios das autoridades judiciais.

Aqui, mais uma vez, será discutido o postulado da reserva da jurisdição. O STF instado a se manifestar sobre os poderes investigatórios das CPIs no MS 23.452<sup>186</sup> entendeu que as CPIs possuem poderes para determinar a quebra dos sigilos fiscal, bancário, porém em relação ao sigilo telefônico e às buscas e apreensões, elas não seriam competentes para tanto. Isso porque entendeu a Suprema Corte que os poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito- poderes postos pelas CF/88 como próprio de autoridade judicial- são amplos, porém não são ilimitados e encontrariam limites no “princípio constitucional da reserva de jurisdição”. Nas palavras do Min. Relator Celso de Mello:

*O postulado da reserva constitucional de jurisdição - consoante assinala a doutrina de J. J. Gomes Canotilho - importa em submeter à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de verdadeira discriminação material de competência jurisdicional fixada no texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de*

---

<sup>184</sup> A LC 105/01 em seu art. 4º, §§1º e 2º prevê: Art. 4º-[...]§ 1º “As comissões parlamentares de inquérito, no exercício de sua competência constitucional e legal de ampla investigação, obterão as informações e documentos sigilosos de que necessitarem, diretamente das instituições financeiras, ou por intermédio do Banco Central do Brasil ou da Comissão de Valores Mobiliários. § 2º As solicitações de que trata este artigo deverão ser previamente aprovadas pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito”.

<sup>185</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 3ª ed., São Paulo: Editora Juspodivm, 2009.

<sup>186</sup> Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/09/1999.

terceiros, inclusive daqueles a quem se hajam eventualmente atribuído “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”<sup>187</sup>.

Portanto, o STF posicionou-se no sentido de que as CPIs podem quebrar o sigilo fiscal e bancário, no entanto, do ponto de vista jurídico, o sigilo bancário e o fiscal não estão albergados pelo princípio da reserva constitucional de jurisdição, pois estão sob o fundamento do direito à privacidade e à intimidade, previstos no art. 5º, inciso X da CF, artigo o qual não prevê de modo expresso a exclusividade de ordem judicial, como os incisos XI, XII e LXI da Constituição Federal de 1988.

Todavia, essa posição é negada por vários autores, dentre eles:

Celso Bastos<sup>188</sup> explica que por conta da constitucionalização do direito à intimidade, não caberia o ingresso nas contas bancárias por mera requisição da CPI, tal somente poderia ocorrer por meio de ordem judicial.

Luis Roberto Barroso<sup>189</sup> afirma, de modo igual, que compete exclusivamente ao Poder Judiciário a quebra do sigilo bancário, sob o fundamento de que se trata da efetivação de ato que importa em restrição de direito e, como tal, submete-se à reserva constitucional de jurisdição.

E no mesmo sentido encontra-se Hugo de Brito Machado<sup>190</sup> pois aduz que por conta da importância do direito à intimidade e privacidade- os quais o sigilo bancário faz parte- só poderia ser quebrado mediante ordem judicial.

Ademais, o STF permitiu a quebra do sigilo bancário pela CPI, desde que ela cumprisse as mesmas condições impostas ao Poder Judiciário, ou seja, a decisão deve ser devidamente fundamentada ( art. 93, IX, CF/88<sup>191</sup>)

Preenchidas essas condições, pode a CPI decretar o afastamento do sigilo bancário, de acordo com o Min. Celso de Mello:

(...) as Comissões Parlamentares de Inquérito podem decretar, por autoridade própria, a quebra do sigilo bancário de pessoas por elas investigadas, desde que justifiquem, a partir de meros indícios, a existência concreta de causa provável legitimadora da medida excepcional e indiquem

---

<sup>187</sup>STF: MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/09/1999, p. 95.

<sup>188</sup>BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Op. Cit., p. 265.

<sup>189</sup>BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direitos Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p.125.

<sup>190</sup>MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.Cap.1, p.30.

<sup>191</sup>CF, 88 Art. 93, IX: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

a necessidade de sua efetivação no procedimento de ampla investigação dos fatos determinados (...) <sup>192</sup>

Contudo, antes de encerrar o presente item, mister se faz trazer à baila o questionamento se as Comissões Parlamentares de Inquérito Estaduais e Municipais também teria a competência de quebrar o sigilo bancário.

O entendimento jurisprudencial majoritário é que as Comissões Parlamentares de Inquérito constituídas no âmbito das Assembleias Legislativas Estaduais não possuem a prerrogativa de decretar a quebra do sigilo, afinal a norma prevista no artigo 58, § 3º, da CF/88 dispõe apenas sobre as CPIs constituídas no âmbito do Congresso Nacional. A respeito do tema observe o precedente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

1. Agravo regimental interposto ao objetivo de ver revogada a decisão que atribuiu efeito suspensivo ao agravo de instrumento, de modo a se restaurar a decisão do juízo planicial que ordenou à autoridade impetrada que enviasse à Comissão Parlamentar de Inquérito estadual as informações acauteladas sob o sigilo bancário, relativas a determinadas pessoas.
2. Recurso que tem o âmbito restrito à decisão recorrida, não sendo próprio a análise, nele, de preliminares arguidas, relacionadas ao não conhecimento do agravo em face da ausência de peças obrigatórias.
3. **Inexistência de vício na decisão recorrida que, corretamente, entendeu que as comissões parlamentares de inquérito estaduais precisam valer-se da via jurisdicional para a obtenção de informações que impliquem na quebra de sigilo bancário** e, por isso, conferiu efeito suspensivo ao agravo de instrumento. Agravo regimental improvido. <sup>193</sup> (grifei)

Por fim, o STF, ante o exposto, ratificou a previsão constitucional: a CPI pode decretar quebra do sigilo bancário sim, porém impôs o limite de serem atendidos os requisitos acima expostos.

### 5.3 PODER LEGISLATIVO

De acordo com o art 4º da LC 105/01:

Art. 4º O Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários, nas áreas de suas atribuições, e as instituições financeiras fornecerão ao Poder Legislativo Federal as informações e os documentos sigilosos que, fundamentadamente, se fizerem necessários ao exercício de suas respectivas competências constitucionais e legais.  
[...]

---

<sup>192</sup>MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/09/1999, p. 116.

<sup>193</sup>Agravo Regimental no AGTR nº 30177/PE, rel. Desembargador Federal Geraldo Apoliano, julg. 6.6.2000, DJ 30.6.2000, p. 766.

§ 2º As solicitações de que trata este artigo deverão ser previamente aprovadas pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito.

A referida Lei Complementar não trouxe muitas mudanças para o ordenamento jurídico, no que diz respeito a quebra do sigilo bancário pelo Poder Legislativo.

A lei 4.595/64- lei do sistema financeiro- possuía um artigo semelhante, qual seja:

Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.  
[...]

§ 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 obterão as informações que necessitarem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central 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.  
[...]

Esse dispositivo foi expressamente revogado pelo art 13<sup>194</sup> da LC 105/01.

Observa-se, então, que a lei nº 4.595/64 autorizou apenas o Banco Central do Brasil e às instituições financeiras públicas a prestarem informações ao Poder Legislativo, restringindo os órgãos fornecedores de informação, e para isso, condicionou à aprovação do plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal. Por outro lado, a LC 105/01 ampliou as fontes de informação do Poder Legislativo ao incluir a Comissão de Valores Mobiliários e as instituições financeiras privadas ( atente-se que a lei utilizou o gênero *instituições financeiras*, abarcando portanto, as públicas e privadas)<sup>195</sup>.

Passar-se-á a análise a constitucionalidade do art. 4º da LC 105/01, reflexão feita pelos autores Paulo Quezado e Rogério Lima <sup>196</sup>:

Cosoante o art, 49, X, CF/88<sup>197</sup> cabe do Poder Legislativo fiscalizar e controlar os atos do Poder Executivo (incluídos os da Administração Indireta), através do Congresso Nacional, quando do exercício da sua função.

<sup>194</sup> Art. 13. Revoga-se o art. 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

<sup>195</sup> QUEZADO, Paulo; LIMA, Rogério. Op. Cit.,p.63.

<sup>196</sup> Ibid., p. 63-65.

<sup>197</sup> CF, 88, Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:[...] X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;

Todavia, asseveram os citados autores que tal disposição não é o suficiente para autorizar o Poder Legislativo a quebrar o sigilo bancário de quem quer que seja, pois tal ato encontra limite no direito fundamental à privacidade, bem como nos princípio da separação dos poderes.

Importante se faz a transcrição do trecho:

Seu poder encontra limite na proteção ao direito fundamental à privacidade. Até porque o ato de fiscalizar, com a ressalva de seus benefícios deve ser realizado com total cautela, pois sempre esteve ligado ao mando absoluto do monarca, para o qual o único direito a ser respeitado provinha de sua soberana vontade.

[...]

Aliás, diga-se de passagem, além da quebra do sigilo consistir em uma medida excepcional, a função fiscalizatória do Legislativo, à luz do princípio da separação dos poderes, por si só, significa mais uma exceção no sistema jurídico vigente.[...] <sup>198</sup>

Defendem os autores que a fiscalização pelo Poder Legislativo, sem autorização judicial, somente pode ser do segredo de informações e documentos sigilosos de órgãos públicos, dessa forma, as instituições financeiras privadas e pessoas físicas não estão sob a interferência fiscalizatória do Poder Legislativo. Isso porque o ato ligado, direta ou indiretamente, ao governo é público, e por isso, deve obediência ao princípio da publicidade ( art.37, *caput*, CF/88<sup>199</sup>), assim sendo, não há que se falar em segredo de ato público, pois se assim não fosse, estar-se-ia comprometendo o Estado Democrático de Direito.

Ainda salientam que o artigo 4º, LC 105/2001 deve ser interpretado de acordo com todo o sistema jurídico, pois se o Banco Central, as Comissões de Valores Mobiliários e as instituições financeiras fornecessem tais informações recairia sobre eles, a ameaça de sanções penais por violação ao segredo profissional.

Por fim, concluem que apenas por intermédio do Poder Judiciário- com processo instaurado para que seja analisada a razoabilidade da medida- é que o Legislativo poderá, em sua atividade de fiscalização, quebrar o sigilo bancário de pessoas físicas e jurídicas privadas que não lidam com recursos públicos.

---

<sup>198</sup> QUEZADO, Paulo; LIMA, Rogério. Loc. Cit.

<sup>199</sup> CF/88, 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 [...]

Contudo, em posição contrária, encontra-se a autora Marcia Haydeé Porto de Carvalho<sup>200</sup> a qual se posiciona no sentido de que o Poder Legislativo poderá excepcionar o sigilo bancário, desde que esteja a desempenhar o mesmo papel das Comissões Parlamentares de Inquérito. Fundamenta sua opinião com base no que diz o art. 58, §3º, CF/88, pois entende que o Poder Legislativo Federal através do Congresso Nacional ou de cada uma de suas Casas, está legitimado a exercer a prerrogativa de quebrar o sigilo bancário. Assim, sob a luz do princípio da interpretação de acordo com a CF/88, crê que o art 4º, *caput*, §2º da LC 105/2001 é constitucional.

Por derradeiro, o Legislativo não tem o poder de fiscalizar de forma ilimitada e indiscriminada, pois deve respeitar os princípios e garantias do ordenamento jurídico. E esse poder fiscalizatório encontra limite no direito fundamental à privacidade porque para ser excepcionado prescinde de autorização judiciária, órgão competente para proteger os princípios da Lei Maior e, dispor deles, através do devido processo legal.

#### 5.4 MINISTÉRIO PÚBLICO

O art. 127, CF/88 assevera o seguinte:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Com a reestruturação da ordem jurídica estatal, quando o Estado passou a ser regido pelo ideal democrático, o Ministério Público passou a ter importante função, de tal forma que a Constituição qualificou como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado e possui o dever de defender a ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, de acordo com a CF/88<sup>201</sup>.

Discute-se se o Ministério Público possui ou não legitimidade para quebrar o sigilo no exercício de sua função investigatória.

No seu art. 129, a CF/88 estabelece que a Instituição Ministerial para cumprir suas funções deve, dentre outras:

---

<sup>200</sup> CARVALHO, Márcia Haydeé Porto de. Op. Cit., 220-221.

<sup>201</sup> QUEZADO, Paulo; LIMA, Rogério. Op. Cit..p.78.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

[...]

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais

Para que opere com independência e imparcialidade, a Constituição Federal dá ao Ministério Público um conjunto de garantias semelhantes às do Poder Judiciário: garantias institucionais, que se repartem em garantias de autonomia administrativa e financeira ( art. 129, §§2º e 3º, CF/88) e garantias funcionais, que são às prerrogativas de independência funcional, inamovibilidade irredutibilidade de subsídio e vitaliciedade( art. 129, §§ 1º e 5º, CF/88)<sup>202</sup>.

A lei 7.492/1986, que tipifica os crimes contra o sistema financeiro nacional permitiu ao Ministério Público Federal a quebra do sigilo bancário em caso de crime financeiro, como estabelece em seu art. 29:

Art. 29. O órgão do Ministério Público Federal, sempre que julgar necessário, poderá requisitar, a qualquer autoridade, informação, documento ou diligência, relativa à prova dos crimes previstos nesta lei.

Parágrafo único O sigilo dos serviços e operações financeiras não pode ser invocado como óbice ao atendimento da requisição prevista no caput deste artigo.

Nessa esteira, a lei 8.625/93, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público no seu §2º deixa clara a faculdade de requisição de documentos e informes sigilosos, ao dizer:

Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

[...]

II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que officie;

[...]

§ 2º O membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo.

[...]

---

<sup>202</sup> CARVALHO, Márcia Haydeé Porto de. Op. Cit., 222.

Essa é exegese do seu art. 26, II que atribuiu à instituição a possibilidade de requerimento de “informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processos em que officie”.

Porém, segundo entendimento de Márcia Haydeé Porto de Carvalho<sup>203</sup>, tal lei é incapaz de regular o sigilo bancário, afinal a matéria é pertinente ao sistema financeiro nacional e somente pode ser disciplinada por Lei Complementar como dispõe o art. 192, CF/88<sup>204</sup>.

Por sua vez, a Lei Complementar 75/93 que regulamenta as atribuições constitucionais do Ministério Público da União, traz, em seu art. 8º, os poderes de requerer informações e documentos de entidades privadas e de qualquer banco de caráter público, ou relativo a serviço de relevância pública. Nos incisos II e IV, §§1º e 2º do referido artigo<sup>205</sup> estão estabelecidos as mesmas faculdades e implicações da Lei Orgânica do Ministério Público, porém com o acréscimo da prerrogativa prevista no inc. VIII, art 8º: *a de ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter publico ou relativo a serviço de natureza pública.*

E no §2º prescreve que:

[...]

§2º Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido.[...].

Destarte, tenta deixar explícito o poder requisitório do *parquet* que abrange a atribuição de requerer os informes sigilosos.

Por uma interpretação literal do artigo há quem tenha defendido que não há qualquer limitação expressa a prerrogativa da Instituição Ministerial de solicitar informações sigilosas.

---

<sup>203</sup> CARVALHO, Márcia Haydeé Porto de. Op. Cit., 222.

<sup>204</sup> CF, 88 Art. 192. **O sistema financeiro nacional**, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, **será regulado por leis complementares** que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.(grifei)

<sup>205</sup> Art. 8º da LC75/93: Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:[...] II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;[...] IV - requisitar informações e documentos a entidades privadas;[...] § 1º O membro do Ministério Público será civil e criminalmente responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar; a ação penal, na hipótese, poderá ser proposta também pelo ofendido, subsidiariamente, na forma da lei processual penal.

Nesse caso, Alexandre de Moraes<sup>206</sup> defende a possibilidade de requisição diretamente às instituições financeiras, sem qualquer intervenção do Poder Judiciário, sob o argumento de que a LC 75/93 conferiu ao MP tal prerrogativa, desde que voltadas para instruir procedimentos administrativos de sua competência e guardado o necessário sigilo.

Já outra corrente entende que o sigilo pode ser excepcionado, somente se houver a intervenção judicial e por meio de requisição motivada que comprove a real necessidade da medida. Conforme aduz Luiz Fernando Bellinetti<sup>207</sup>:

Observa-se das referidas normas que, assim como o Ministério Público Estadual, tem o Federal o poder de requisitar quaisquer informações de órgãos públicos e privados.

[...]

Cumpra salientar que a nosso ver, inegavelmente, também o **Ministério Público, em respeito à garantia constitucional do direito à privacidade, deverá sempre motivar e fundamentar suas requisições de quebra do sigilo bancário [...]**

Também nesse sentido Carlos Alexandre Marques<sup>208</sup>:

**Centrando a análise na atuação ministerial, tem-se que o sigilo bancário e fiscal pode e deve ser quebrado mediante decisão judicial quando houver inequívoco interesse em se descobrir a verdade sobre fato maculado de ilicitude civil, penal, tributária ou administrativa**, porquanto o que a lei veda é o fornecimento indiscriminado e imotivado de informações sigilosas.( grifei)

Por outro lado, Quezado e Lima<sup>209</sup> entendem que não foi dado ao MP quebrar o sigilo bancário por si só. Alegam que o intérprete, antes de tudo, deve levar em conta que uma norma ao tratar do segredo financeiro, está lhe dando com direitos fundamentais e, portanto, deve ser interpretada de maneira restrita. A regra é a inviolabilidade do sigilo, enquanto direito fundamental. E concluem que o somente pode haver o levantamento do sigilo por intermédio do devido processo legal.

A jurisprudência majoritária posiciona-se pela impossibilidade de o Ministério Público, por conta própria, determinar a quebra do sigilo. Importante salientar a

---

<sup>206</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.p. 94-96.

<sup>207</sup> BELLINETTI, Luiz Fernando. Op. Cit., p. 159-160.

<sup>208</sup> MARQUES, Carlos Alexandre. Pedido de quebra de sigilo bancário e fiscal. Atuação do Ministério Público. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 27, 23 dez. 1998 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/202>>. Acesso em: 10 out. 2012

<sup>209</sup> QUEZADO, Paulo; LIMA, Rogério. Op. Cit..p.80

posição do STF, apesar de seguir o posicionamento majoritário<sup>210</sup>, julgou ser imponível ao MP o dever de sigilo bancário quando o assunto for verbas de origem pública, pois o princípio a ser aplicado aqui é o da publicidade ( art 37, CF/88) e não da inviolabilidade da vida privada.

Referindo-se ao sigilo bancário, o Min. Octávio Gallotti consignou:

(...) deste se acha imune por sua natureza, a operação realizada com dinheiros públicos, cujo dispêndio, ao revés, está sujeito, pelo art. 37 da CF, pelo menos ao princípio da publicidade<sup>211</sup>.

Porém, nos demais casos, restou assentado posicionamento majoritário:

A Constituição outorgou ao Ministério Público novos e amplos poderes para o desempenho de suas elevadas funções, mas não foi tão longe ao ponto de lhe dar competência para exercer jurisdição extraordinária, como fez com as CPIs. Para tanto, é importante considerar que a atividade típica do MP se desenvolve perante o Poder Judiciário, onde deve postular pelas providências que entender necessárias. (...) Ressalvo, contudo, que se ao MP não é dado quebrar o sigilo bancário, nem o fiscal, isto não quer dizer que, no interesse da justiça e para a consecução das suas atribuições institucionais, não possa formular tal requerimento perante o Órgão competente do Poder Judiciário para que este decida em cada caso (...)<sup>212</sup>.

E ainda:

**As funções do MP**, data vênua, por mais importantes que sejam, elas são, entretanto, sobretudo, **de parte**, de quem requer e não decide, **a quem não compete a obrigação de ser imparcial**. O advogado é sempre parcial, porque defende a parte. E o MP é advogado da sociedade, é órgão de acusação na ação penal. **Portanto, ele é parta, e a parcialidade é inerente à parte**<sup>213</sup>. (grifei)

Consoante se infere dos julgados, Ministério Público Federal não está autorizado a determinar a quebra do sigilo bancário, pois não possui, segundo a Suprema Corte, a necessária imparcialidade para sopesamento da efetiva imprescindibilidade da medida.

---

<sup>210</sup> Voto do Min. Maurício Corrêa : A Constituição outorgou ao Ministério Público novos e amplos poderes para o desempenho de suas elevadas funções, mas não foi tão longe ao ponto de lhe dar competência para exercer jurisdição extraordinária, como fez com as CPIs. Para tanto, é importante considerar que a atividade típica do MP se desenvolve perante o Poder Judiciário, onde deve postular pelas providências que entender necessárias. (...) Ressalvo, contudo, que se ao MP não é dado quebrar o sigilo bancário, nem o fiscal, isto não quer dizer que, no interesse da justiça e para a consecução das suas atribuições institucionais, não possa formular tal requerimento perante o Órgão competente do Poder Judiciário para que este decida em cada caso (...).(STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 97)

<sup>211</sup> STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 145.

<sup>212</sup> STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 97.

<sup>213</sup> STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 136.

## 5.5 ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Sobre a possibilidade de o Fisco requerer o levantamento o segredo fiscal, é um tema que ainda gera muita discussão, pois são postos em jogo, interesses divergentes, no entanto, ambos tutelados pela Constituição Federal de 1998, de um lado o direito à intimidade e privacidade e de outro, o poder dos entes de tributação, com o fito de promover adequada fiscalização. O Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou sobre o tema de forma definitiva. Neste item serão abordados os posicionamentos doutrinários e dos precedentes do STF sobre o tema.

O grande cerne da questão está no art. 6º da Lei Complementar 105/01 o qual autoriza que os agentes fiscais dos entes tenham acesso à documentos das instituições financeiras, quando houver procedimento fiscal em curso e tais exames forem tidos como indispensáveis pela autoridade fiscal.

Na vigência do art. 38 da lei 4.595/1964 (que foi revogado pela norma acima citada), a autoridade competente, era a judiciária. Há farta jurisprudência nesse sentido<sup>214</sup>. Contudo, a inovação da LC 105/01 foi excluir o Judiciário da necessidade ou não do ato. Destarte, de acordo com a nova lei, a quebra do sigilo bancário se dá, de forma automática.

O tema da previsão legal do rompimento do sigilo bancário pelo Fisco abarca contraposição de valores e interesses constitucionais: por um lado, a cobrança de eficácia do sistema tributário para garantir a efetividade do postulado da capacidade contributiva, inclusive através da luta contra a fraude a evasão fiscal, de outro, a relação de confiança entre instituições e clientes e, especialmente, o direito ao sigilo bancário, quando este possui ligação com o direito à privacidade<sup>215</sup>.

A solução para o mencionado conflito de direitos deve propiciar um equilíbrio razoável entre os dois polos opostos, que tenha como base o sistema constitucional, principalmente, os direitos fundamentais do indivíduo, em sua integração com o quadro social, político e econômico brasileiro, o conjunto internacional e a

---

<sup>214</sup> O sigilo bancário não constitui direito absoluto, podendo ser desvendado diante de fundadas razões, ou da excepcionalidade do motivo, em medidas e procedimento administrativos, **com submissão a precedente autorização judicial. Constitui ilegalidade a sua quebra em processamento fiscal, deliberado ao alvitre de simples autorização administrativa.**[...]. ( RESP 114741/DF(1996/0075208-7). DJ 18/12/1998.P. 00291. Min. Milton Luiz Pereira. Julg. 13/10/1998. Primeira turma) ( grifei)

<sup>215</sup> CARVALHO, Márcia Haydeé Porto de. Op. Cit., 237.

necessidade eficaz de flexibilizar o direito ao sigilo bancário para combater a fraude e evasão fiscal <sup>216</sup>.

Aduz José Augusto Delgado<sup>217</sup> que não se coaduna com os princípios da democracia e adoção de um sistema de fiscalização tributária que se conceda faculdade incondicionada ao fiscal tributário de violar a intimidade e a privacidade das pessoas, sob o falacioso pretexto jurídico de que procura descobrir provas de sonegação fiscal. Defende que o agente fiscal não deve ter a faculdade incondicionada de levantar o sigilo sempre que achar ser necessário. Isso porque a prática de atos administrativos por agentes públicos, de forma incondicionada, fere o princípio da legalidade.

E conclui afirmando que, quando se trata de sigilo bancário, a atuação incondicionada por parte daquele, ainda adquire maior gravidade porque há violação os princípios fundamentais, já abordados nesse trabalho, especialmente, por atingir de maneira direta o direito à intimidade e privacidade, bem como, que ninguém poderá garantir, nem o próprio Estado, que o agente público empregue os dados que chegaram ao seu conhecimento para outros fins que não o exclusivamente fiscal.

Para Juliana Belloque<sup>218</sup> é imperiosa a intervenção do Poder Judiciário em tal procedimento, em face do princípio do devido processo legal e do postulado da reserva da jurisdição e porque para assumir esse poder-dever, é preciso imparcialidade e valoração isenta de interesses momentâneos.

Outros autores que defendem a tese de que somente o Poder Judiciário possui competência para determinar a quebra do sigilo bancário é Paulo Quezado e Rogério Lima<sup>219</sup>, fundamentam seu entendimento em dois pontos: (a) a parcialidade da administração tributária, pois quando o Fisco promove uma fiscalização da vida tributária de certo contribuinte, o interesse buscado é próprio;(b) o princípio da separação dos poderes, pelo qual, hoje em dia, fala-se em uma interrelação dos Poderes, todavia, essa interferência não é ilimitada e, a Constituição não trouxe de forma expressa tal prerrogativa para Administração Tributária, sendo assim, a lei que o fizer será inconstitucional.

---

<sup>216</sup> CARVALHO, Márcia Haydeé Porto de. Loc. Cit.

<sup>217</sup> DELGADO, José Augusto. Op. Cit., p.42-43.

<sup>218</sup> BELLOQUE, Juliana Garcia. Op. Cit., p. 119-127.

<sup>219</sup> QUEZADO, Paulo; LIMA, Rogério. Op. Cit..p.81-82.

Coaduna com o entendimento Hamilton Dias de Souza<sup>220</sup> quando expõe que é excessiva a concentração de poder ,ou seja, no momento em que a quebra do sigilo é feita pelo mesmo órgão que investiga, ocorre uma excessiva concentração de poder nas mãos de um, sem que seja afrontado com outro Poder, como, por exemplo, o Judiciário.

Apesar do eminente *status* constitucional do direito individual ao sigilo bancário, o administração tributária nega a sua oponibilidade ao Fisco, sob o fundamento no §1º do artigo 145, CF/88:

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.

Da leitura do dispositivo acima, não há dúvida do direito subjetivo que possui o Fisco através do dever/poder fiscalizatório identificar patrimônio, rendimentos e atividades econômicas, porém isso não o desobriga de observar os direitos individuais dos administrados (inclusive, o direito ao sigilo bancário)<sup>221</sup>.

Admitir interpretação ao contrário, seria aceitar o atropelamento de direitos constitucionais fundamentais, o interesse público não pode ser confundido com o interesse arrecadatório da Fazenda Pública<sup>222</sup>.

Portanto, para a quebra do sigilo bancário dos contribuintes é preciso a comprovação de situações concretas e fundamentadas, em cada caso, que demandem interesse público preponderante para a revelação das operações financeiras tanto de pessoas físicas e jurídicas, bem como, a avaliação pelo Poder Judiciário da presença desses elementos<sup>223</sup>.

A permissão a Administração Tributária a realizar à análise dos registros de instituições financeiras, contas de depósito e aplicações financeiras dos contribuintes mediante simples existência de processo administrativo representa evidente ofensa à inviolabilidade da vida privada e dos dados particulares, desprezando que ao Poder

<sup>220</sup> SOUZA, Hamilton Dias. Op. Cit.,p.143-144.

<sup>221</sup>MOUSSALLEM, Tárek Moysés.Op. Cit., p. 930.

<sup>222</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés.Loc. Cit.

<sup>223</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés.Loc. Cit.

Judiciário cabe sopesar as situações em que, para garantir o cumprimento da lei tributária, sejam necessárias atitudes invasivas da privacidade do contribuinte. É o Judiciário o único órgão do Estado autorizado a ponderar os valores constitucionais da inviolabilidade dos dados e do interesse público, reconhecendo ou não a existência deste no caso concreto, para, momentaneamente, afastar aquelas garantias constitucionais<sup>224</sup>.

Em sentido contrário, sustenta Aurélio Seixas Filho<sup>225</sup> que na divisão de funções entre os Poderes, coube ao Executivo o dever de investigar se estão sendo cumpridos os deveres jurídicos e caso, encontre-se, durante tal exercício de polícia, algum comportamento ou conduta em desconformidade com os ditames legais, cabe à ele o dever legal de cumprir sua função com vistas à compelir o infrator a obedecer a norma, mediante aplicação de sanções previstas em lei.

Informa o mencionado autor que ninguém tem o direito subjetivo de não ser fiscalizado por autoridade tributária, inclusive, sem qualquer vestígio de erro ou falha no pagamento de seus impostos, sendo legítima e legal que a inspeção se faça por amostragem. E ainda defende o não cabimento da imposição ao Judiciário da função de ação investigatória, papel ordinário da Administração, salvo, a apuração de algum abuso ou desvio de poder, concretamente materializado.

Concepção semelhante apresenta Cármen Lúcia Antunes<sup>226</sup>, para quem, não haveria nenhuma proibição constitucional à Administração Pública de ter conhecimento dos dados referentes aos deveres dos contribuintes em relação à sociedade.

Consoante a Ministra, a Constituição é um sistema, e deve ser interpretado como tal, portanto, o que ela atribuiu como competência da administração pública não pode ser taxado como abuso contra o direito à privacidade.

Ato contínuo a análise da possibilidade de levantamento do sigilo bancário pelo Fisco, é de suma relevância o reconhecimento de que a Carta Magna trouxe positivada no art. 5º, LV, a garantia em processo administrativo do contraditório e ampla defesa:

Art. 5º (...)

---

<sup>224</sup> TOMÉ, Fabiana Del Padre. A Prova no Direito Tributário. 2º Ed. São Paulo: Noeses, 2008.p., 198-199.

<sup>225</sup> SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. Op. cit., p.245.

<sup>226</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Direito à privacidade e os sigilos fiscal e bancário**. Interesse público. Porto Alegre: Nota Deaz, n.5, v. 20, p.33-39, jul./ag.2003

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (Grifei)

Assim sendo, o direito à defesa em processo administrativo foi erguido em 1998 à categoria dos direitos e garantias individuais irrefutáveis, no mesmo nível até então reconhecido ao direito de defesa perante o Poder Judiciário<sup>227</sup>.

No processo executivo são obedecidos todos os limites traçados pela expressão *devido processo legal*<sup>228</sup>.

Hugo de Brito Machado<sup>229</sup> explica que quando o processo tem por desígnio resolver de modo definitivo o conflito de interesses, por meio de órgãos do Poder Judiciário, tem-se o processo judicial, instrumento da prestação jurisdicional. Quando o processo tem o escopo solucionar conflito de modo não, necessariamente, definitivo, numa espécie de autotutela vinculada, ou autocontrole, realizado por órgãos do Poder executivo, tem-se processo administrativo, que permite a atividade de função administrativa atípica com feição jurisdicional.

E aduz o mencionado autor que a esses processos aplica-se princípios jurídicos pertinentes à atividade estatal de uma maneira geral, e justamente pelo fato de que o desfecho de tais processos tende ao reconhecimento do direito subjetivo a uma das partes envolvidas em detrimento da outra, é que esses, sejam administrativos ou judiciais, submetem-se a princípios específicos, dentre os quais: devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Todavia, deve ser ressaltado que do art 5º, inc. XXXV, da CF/88 deduz-se o *princípio da inafastabilidade da jurisdição*, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Desse postulado pode-se extrair que o Poder Judiciário possui o *monopólio* da jurisdição. A outros órgãos é dada a prerrogativa de exercer atividade julgadora, e assim solucionar o conflito ( é o que ocorre, por exemplo, com processo administrativo tributário), contudo a definitividade do pronunciamento é do Poder Judiciário<sup>230</sup>.

Assim, no presente trabalho entende-se que apenas o Poder Judiciário seria competente para a quebra do sigilo bancário, pois a inviolabilidade do sigilo está

---

<sup>227</sup> OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Restrições ao Direito de Defesa no Processo Administrativo**

**Federal** In: Problemas de Processo Judicial Tributário. 2º Ed. São Paulo: Dialética. 1998. p. 203-204.

<sup>228</sup> ÁLVARES, Manoel. **A garantia da execução e o Devido Processo Legal. Exceção de Pré-executividade.** In: Problemas de Processo Judicial Tributário. 2º Ed. São Paulo: Dialética. 1998. p. 195

<sup>229</sup> MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo Tributário.** São Paulo:Atlas, 2004.p.51.

<sup>230</sup> Ibid., p. 63

consagrada inteiramente nos direitos individuais ( art 5º), bem como, a própria constituição federal, assegurou a inafastabilidade da jurisdição quando “da lesão ou ameaça a direito”. Destarte, quando o fisco determina a quebra do sigilo bancário, mesmo mediante processo administrativo fiscal, porém sem a devida intervenção do órgão equidistante – Poder Judiciário-estar-se-ia ferindo a CF, pois afrontaria o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Ainda há que se falar na imparcialidade do juiz, a questão que se quer trazer sobre esse princípio, é a ressalva de que *imparcialidade* não se confunde com *neutralidade*. De acordo com Hugo de Brito Machado<sup>231</sup>, não há exigência de que o juiz seja neutro, afinal, tal condição seria impossível, pois o juiz é um ser humano, portanto falível, o qual vive em um contexto e possui valores. Porém o que não pode ocorrer é a parcialidade, ou seja, a atuação de um julgador que previamente ao efetivo exame do problema já se inclina a favorecer umas das partes e julga a questão procurando a todo custo alcançar esse intento.

E por fim, ainda há autores, como Hugo de Brito Machado<sup>232</sup> e Celso Bastos<sup>233</sup>, que entendem que o levantamento do sigilo bancário pertence ao rol dos direitos individuais e que portanto, deveria ser matéria posta sob reserva de jurisdição em razão do seu valor.

O Supremo Tribunal Federal ainda não se posicionou de forma definitiva sobre o tema. Contudo, a jurisprudência da Suprema Corte já se manifestou sobre essas questões em dois julgados: AC 33<sup>234</sup> e o RE 398.808<sup>235</sup>. São ações que tratam do mesmo fato, a diferença é que a primeira é julgamento de cautelar com pedido de liminar, e a segundo, de mérito. A questão era a seguinte: o Banco Santander comunicou a empresa GVA Indústria e Comércio S/A que a Receita Federal havia determinado a quebra do sigilo bancário, sob o fundamento da LC 105/01, o referido bancou notificou a empresa que, iria conceder os dados, por conta do mandado em questão. A empresa interpôs recurso Extraordinário, e depois Ação Cautelar com o fim de obter efeito suspensivo a eventual decisão favorável à empresa.

---

<sup>231</sup> MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo Tributário**. São Paulo:Atlas, 2004.p.66.

<sup>232</sup>MACHADO, Hugo de Brito. A quebra do sigilo bancário. **Repertório IOB de jurisprudência**. Caderno 1. São Paulo, n.9, mai. 2001.p.52.

<sup>233</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2º volume. São Paulo: Saraiva, 1989.p.200.

<sup>234</sup>Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/11/2010.

<sup>235</sup>Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/12/2010.

O STF cassou a medida liminar concedida na Ação Cautelar ( AC) 33 pelo Min. Marco Aurélio ( relator), que evitava o levantamento do sigilo bancário da GVA Indústria e Comércio S/A pela Receita Federal.

Na liminar o citado Ministro baseou-se no art. 5º, XII, da CF/88, ou seja, inviolabilidade do sigilo de correspondência e comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, as quais para o sigilo ser quebrado necessita-se de intervenção judicial. Entendeu que para a determinação de quebra do sigilo bancário requer-se deliberação de órgão equidistante, e considerou que o Fisco não preencheria tal qualificação, pois é sujeito da relação jurídica tributária, seria parte interessada.

Ele foi acompanhado pelos Ministros Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski.

Em sentido contrário, o Min. Joaquim Barbosa entendeu que a LC 105/01 e o dec. 3.724 permitem, de forma expressa, a requisição de dados bancários pela Administração Pública e qualquer entendimento contrário, poderia lesar o princípio basilar da presunção da constitucionalidade das leis.

O Min. Gilmar Mendes alinhou-se ao último Ministro citado, e defendeu a compatibilidade entre o art. 6º da LC 105/01 e o Dec. 3.724 com a Carta Magna. Seguiram a mesma linha a Min. Carmen Lúcia<sup>236</sup> e o Min. Dias Toffoli. Nas palavras deste último: "(...) aqui não se trata de *quebra de sigilo*, trata-se, na verdade, de uma *transferência de dados sigilosos* de um determinado portador desses dados, que tem o dever de sigilo, para um outro, que manterá a obrigação desse sigilo".

A Min. Ellen Gracie votou pelo indeferimento da liminar, posicionou-se no sentido de que não há motivo para se falar em restrição da exposição da vida privada ao domínio público porque o Fisco irá manter o sigilo, preservando do conhecimento público. Além do mais, a Ministra entende que não deve ser preservado no caso de se tornar um empecilho a uma tributação capaz de materializar os postulados da personalidade e da capacidade contributiva, nem servir de escudo para o desrespeito do dever fundamental de pagar tributos e do dever acessório de colaborar com o Fisco.

---

<sup>236</sup>Palavras da Min. Carmen Lúcia : (...) também não vislumbro, aqui, agressão aos direitos fundamentais, uma vez que não me parece que tenha havido quebra da privacidade; uma vez que não está autorizado por lei a dar a público, mas apenas a transferir para um outro órgão da administração, para cumprimento das finalidades da Administração Pública, aqueles dados. (STF: RE 389.808, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/12/2010, p. 223):

E também faz uma análise do art. 6º, LC 105/01 mencionando que o legislador harmonizou os interesses do Fisco e dos contribuintes, de acordo com o contexto do caso concreto, quando permitiu o acesso da Administração Tributária sem necessitar de autorização judicial, mas somente na circunstância em que for estritamente necessária a intervenção e desde que mantenha os dados em sigilo. Quanto ao argumento da imparcialidade do Fisco, refuta a alegação sob o fundamento de que não há reserva da jurisdição para o caso, o que é imprescindível, é a autorização legal e o cumprimento da proporcionalidade.

Findo o julgamento, negaram referendo para a liminar os ministros Joaquim Barbosa, Ayres Britto, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie. Ficaram vencidos os ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Cezar Peluso, que opinaram pela manutenção da liminar.

De forma resumida, foi assim que se deu o julgamento dessa ação, no entanto, comprovando-se a polêmica que o tema instaurou na Suprema Corte, menos de um mês depois, no julgamento da RE 398.808, o resultado foi diverso.

Inicialmente, alguns ministros mantiveram a mesma posição do último julgado no sentido de não dar provimento ao recurso ( são eles:Min. Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Carmen Lúcia , Carlos Britto e Ellen Gracie). Todavia, o Min. Gilmar Mendes mudou o entendimento e votou pelo provimento do RE. Em suas palavras:

“(...) eu me fiz a pergunta que, de alguma forma, todos nós podemos nos fazer: por que há de ser tão difícil, numa matéria que é relevante e tão suscetível a abusos, obter-se essa declaração do próprio Judiciário, diante de uma medida cautelar? No que diz respeito ao acesso à conta com todas as suas conseqüências, não se trata de negar esse acesso, mas simplesmente de exigir que, tendo em vista o valor de que se cuida dos direitos fundamentais, haja a observância do princípio da reserva de jurisdição” (STF: RE 389.808, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/12/2010, p. 239).

Entendeu o Ministro que a Administração Fazendária não será impedida de ter acesso às informações bancárias do contribuinte, mas apenas poderá fazê-lo por intermédio de autorização judicial.

Ao final da votação, decidiu-se pelo provimento do recurso.

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à matéria ainda é incerta.

A questão terá análise pela Suprema Corte em sede de controle concentrado de constitucionalidade, por conta das ADIs que discute a LC 105/01. Ante toda a

explanação trazida neste tópico, é definitivamente impossível definir qual será o julgamento do STF nessas ADIs.

## **6 CONCLUSÃO**

Discorrer acerca do direito do sigilo bancário não é uma tarefa fácil tampouco livre de críticas, principalmente em um momento em que a informação se faz um fundamento, uma base de economia, sobrevivência.

Contudo, justamente por conta desse momento, faz-se imperiosa uma conscientização dos limites que devem ser impostos à informação. E, é nesse contexto que se faz os contornos do sigilo que traz uma delimitação do que é lícito conhecer e o que não é, o que se pode informar ao público e o que não se pode.

Não há um consenso dentre os doutrinadores do que venha a ser sigilo bancário, no entanto, entende-se que esse direito, decorre, em contrapartida, do dever do sigilo bancário da instituição bancária. Atinge não só conta a bancária, mas também outros dados ou informações de clientes e terceiros conhecidos por um banco como consequência da relação negocial estabelecida entre este e o cliente, não sendo absoluto e pode ser excepcionado em justificadas hipóteses.

Diante da evolução dos homens na sociedade, foram formuladas diversas teorias com o fito de traçar os campos do sigilo.

Acerca dos sujeitos do instituto, sujeito passivo abrange todos os funcionários do banco, desde o mais categorizado diretor até o mais simples empregado. Já no polo ativo da obrigação está o cliente do banco, entendido como aquele que se vale dos serviços bancário com habitualidade. Quanto ao objeto são todas as informações do cliente ou de terceiros, fornecidas diretamente pelo cliente às entidades bancárias ou de outra fonte desde que vinculados à relação bancária, afastando-se a ideia de que estão amparados pelo sigilo apenas os registros de clientes referentes a cifras.

A Lei 4.595/64 foi a primeira a trazer de maneira expressa o sigilo bancário no Brasil, o fez de forma relativa, tendo exceções, sendo uma delas, a favor das autoridades fiscais. Grande divergência provocou a expressão “processo instaurado”, pois se questionava se limitava a seara judicial ou não.

Na jurisprudência predominou o entendimento pela impossibilidade de quebra do sigilo bancário pelo fisco sem a devida autorização judicial.

Após, veio a LC 105/01, a qual revogou o art. 38 da lei 4.595/64 e permitiu o acesso das autoridades fiscais de forma direta, quer dizer, sem a necessidade da intervenção do Judiciário, e por isso foi objeto das ADIs nº 2.386, 2.389, 2.390, 2.397 e 2406.

Pelo fato de que o direito ao sigilo bancário não está presente de forma expressa na CF/88, seu *status* constitucional depende necessariamente de interpretação. A maior parte da doutrina<sup>237</sup> e jurisprudência pátria defende que o instituto é um direito fundamental porque se trata de um desdobramento do direito à privacidade, assegurado no art 5º, X, da Carta Magna, e nesse se acha implícito. Assim qualquer violação atentaria contra a própria dignidade da pessoa humana. Por outro lado, de forma contrária, posicionam-se outros autores<sup>238</sup>, entendimento minoritário, pois defendem que os dados econômicos não integram o objeto dos direitos da personalidade, dos quais o direito à privacidade é um exemplo.

O direito à privacidade, num sentido amplo, abarca todas as formas de proteção da esfera intimidade, privada e de personalidade que o art. 5º, inc. X, da CF/88 trouxe, isto é, o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem.

Em relação ao questionamento da proteção constitucional dada ao sigilo bancário, pode-se asseverar que o STF entende ter *status* de direito fundamental amparado nos incisos X e XII do art. 5º, CF/88.

Para muitos autores, a inovação da inclusão da palavra na atual Constituição, compreende informações bancárias, a exemplo Celso Ribeiro Bastos. Para outros, como por exemplo, Aurélio Pitanga Seixas Filho, posicionando –se no sentido de que sigilo de dados não abrange sigilo bancário, aduz que o que é garantido pelo art. 5º, XII, CF/88 é a inviolabilidade da transmissão dados referentes às comunicações telegráficas, telefônica e correspondência, porém, isso não significa que esse direito individual permita que o cidadão-contribuinte tenha direito de manter sigilo sobre a existência de operações tributáveis transmitidas por esses meios de comunicação.

Direitos admitem limitações, por conta das exigências sociais e em atenção ao bem comum. Não há direito fundamental individual absoluto. Dessa forma, é pacífico o entendimento de que Judiciário pode requisitar informações às pessoas e instituições que impliquem na quebra do sigilo. E para fazê-lo, deve observar as coordenadas jurídicas emitidas pelo devido processo legal em sentido substancial e processual.

---

<sup>237</sup> A título de exemplo, alguns autores que foram usados no presente trabalho: Tércio Sampaio; Arnold Wald; José Augusto Delgado; Rogério Lima; Hamilton Dias Souza; Liliane Maria Busato Batista.

<sup>238</sup> V.g.: Maria José Oliveira Lima Roque; Roberto Massao Chinen; Aurélio Pitanga Seixas Filho; Luiz Fernando Bellinetti.

Nas situações em que há choque de direitos, e sempre que princípios constitucionais aparentemente colidirem, diante de tal situação, é necessário realizar o chamado sopesamento ou avaliação ponderada dos fins, em outras palavras, é preciso aplicar o princípio da proporcionalidade.

Outro postulado de suma importância é o princípio da isonomia que consiste na assertiva de que qualquer que sejam os contribuintes, independente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos, o tratamento isonômico se impõe, vedada qualquer forma de atuação discricionária. E possui, duas fases ou dimensões da igualdade: igualdade perante a lei e a igualdade na lei.

Embora ligado ao princípio da isonomia, não se confunde com este, é o princípio da capacidade contributiva que serve para a consecução de um efetivo ideal de justiça para o Direito Tributário. Evidencia uma das dimensões da isonomia, a saber, *igualdade na lei*, ou seja, busca o tratamento distinto de situações diversas.

Deduz-se da própria função do Poder Judiciário, a prerrogativa de excepcionar o sigilo bancário mesmo não tendo expressa previsão na Constituição Federal de 1988. A quebra do sigilo mediante determinação judicial está contida no art. 3º da LC 105/01. Todavia, o ponto crucial a ser observado em análise de quebra do sigilo é a questão da razoabilidade que decorre do direito ao devido processo legal consagrado no art. 5º, inc. LIV, CF/88 e ao princípio da proporcionalidade, este derivado do sistema constitucional de proteção aos direitos fundamentais, fornecendo critérios para sua limitação.

Portanto, é pacífico o entendimento na jurisprudência o juízo de que o Poder Judiciário pode ordenar a quebra do sigilo bancário, está previsto na LC 105/01, e antes na Lei. 4.595/64.

Quanto às comissões parlamentares de inquérito, o art. 58, §3º, CF/88 prevê a possibilidade de decretação de quebra do sigilo por Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI. O STF permitiu a quebra do sigilo bancário pela CPI, desde que ela cumprisse as mesmas condições impostas ao Poder Judiciário, ou seja, a decisão deve ser devidamente fundamentada ( art. 93, IX, CF/88).

A Lei Complementar 105/2001 não trouxe muitas mudanças para o ordenamento jurídico, no que diz respeito a quebra do sigilo bancário pelo Poder Legislativo. A lei nº 4.595/64 permitiu somente ao Banco Central do Brasil e às instituições financeiras públicas a apresentarem informações ao Poder Legislativo,

limitando os órgãos fornecedores de informação, e para isso, submeteu a condição de aprovação do plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal. Contudo, a LC 105/01 dilatou as fontes de informação do Poder Legislativo ao incluir a Comissão de Valores Mobiliários e as instituições financeiras privadas (lei usou o gênero *instituições financeiras*, abarcando portanto, as públicas e privadas).

De acordo com o art 127, CF/88 o Ministério Público tem como função a defesa dos valores mais importantes, interesses ou bens constitucionais, e dentre suas incumbências é sobressalente a de requerer informações e documentos para instruir procedimentos administrativos de sua competência.

Há divergência quanto ao poder requisitório do Ministério Público. Por uma interpretação literal do art. 8, §2º, da LC 75/93 há quem tenha defendido que não há qualquer limitação expressa a prerrogativa da Instituição Ministerial de solicitar informações sigilosas<sup>239</sup>. Já outra corrente entende que o sigilo pode ser excepcionado, somente se houver a intervenção judicial e por meio de requisição motivada que comprove a real necessidade da medida<sup>240</sup>.

De acordo com o STF, Ministério Público Federal não está autorizado a determinar a quebra do sigilo bancário, pois não possui, segundo a Suprema Corte, a necessária imparcialidade para sopesamento da efetiva imprescindibilidade da medida.

A Constituição Federal de 1988 através do art. 145, §1º autorizou à Administração Tributária faculdades para a função fiscalizatória, com o fito de realizar o postulado da capacidade contributiva, desde que respeitados os direitos individuais.

A Lei Maior no art 5º, LV garante o contraditório e ampla defesa ao processo administrativo. Todavia, também há previsão do *princípio da inafastabilidade da jurisdição*, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Portanto, desse princípio pode-se concluir que quando o fisco determina a quebra do sigilo bancário, mesmo mediante processo administrativo fiscal, porém sem a devida intervenção do órgão equidistante – Poder Judiciário-estar-se-ia ferindo a CF, pois afrontaria o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

---

<sup>239</sup> Posicionamento adotado por Alexandre de Moraes.

<sup>240</sup> Posicionamento adotado por Luiz Fernando Bellinetti; Carlos Alexandre Marques.

Outro argumento é a imparcialidade do juiz, fazendo a devido distinção com a neutralidade. Pois o que se exige do julgador não é esta ultima, porque seria impossível seu cumprimento, mas sim a primeira.

Apesar do sigilo bancário esta inserido no rol dos direitos fundamentais, que por sua vez, são clausulas pétreas, pode ser relativizado, desde que por determinação judicial, pois não possui natureza de direito absoluto, devendo ceder diante do interesse público. O levantamento do sigilo é medida excepcional e o Poder Judiciário deve primar pela aplicação do princípio da proporcionalidade, sopesando os direitos em jogo, e julgar no sentido de causar menos limitação possível ao direito mitigado por conta da medida, almejando dar efetividade ao processo.

## **REFERÊNCIAS**

ABRÃO, Nelson. **Curso de direito bancário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1988.

\_\_\_\_\_. **O sigilo bancário e direito falimentar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

ALCÂNTARA, Lucio. Sigilo Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/senador/lucalc/2000/artigos/sigilo.html>> Acesso em: 29 ago. 2012.

ALEXY, Robert.: **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANDRADE, Rodrigo Fonseca Alves de. O princípio base da capacidade contributiva e a sua aplicação diante de uma pluralidade de tributos. **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 38, n. 149, jan./mar. 2001, p. 127.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2005.

BALEEIRO, Aliomar. Princípios da Igualdade e do Não-Confisco. In. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. Cap. XI, p. 519-583.

\_\_\_\_\_. **Direito Tributário Brasileiro**. 11ª ed. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Temas de Direitos Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

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

BATISTA, Liliane Maria Busato. . **A quebra do sigilo bancário**: como meio de prova no direito processual civil brasileiro. Curitiba: Juruá, 2004.

BELLINETTI, Luiz Fernando. Limitações legais ao sigilo bancário. Direito do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.18, p.141-161, abri/jun.1996.

BELLOQUE, Juliana Garcia. **Sigilo bancário**: análise crítica da LC 105/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BOAVENTURA, Edivaldo Machado. **Metodologia da pesquisa**: monografia, dissertação, tese. São Paulo: Atlas, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL, Cynthia Facundo Alencar. **A relativização do sigilo bancário através da LC nº105/2001 pela Receita Federal**. Em <[http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/biblioteca/monografias/cynthia\\_facundo\\_alencar.pdf](http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/biblioteca/monografias/cynthia_facundo_alencar.pdf)> Acesso em: 29 ago. 2012.

CALMON, Eliana. et al. **Código Tributário Nacional Comentado**. São Paulo: RT, 2007.

CAMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 9 ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra, PT: Almedina, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1992.

CARVALHO, Márcia Haydeé Porto de. **Sigilo Bancário à luz da doutrina e jurisprudência**. Curitiba: Juruá. 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CHAVES, João Freitas de Castro. A Lei Complementar nº 105/2001 em face aos direitos fundamentais: um exame do entendimento do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, n. 10, p. 233-266, dez. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27709>>. Acesso em: 10 ago. 2012.

CHINEN, Roberto Massao. **Sigilo Bancário e o fisco**. Curitiba: Juruá. 2005

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Das Limitações ao Poder de Tributar. In: **Comentários à Constituição de 1988** Rio de Janeiro: Forense, 1990. Cap. II, p.268-410.

COVELLO, Sergio Carlos. **O sigilo bancário**: com particular enfoque na sua esfera civil. 2. Ed. São Paulo: Leud, 1991.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários a Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: JusPODIVM, 2009.

DELGADO, José Augusto. O sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, ano 4, n. 13, p. 13-52, jul./set. 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24. ed São Paulo: Atlas, 2011.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Sigilo de Dados: Direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 141- 154, 1992.

\_\_\_\_\_. Sigilo Bancário. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, a. 4, n. 14., out/dez. 2001, p. 14.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 2ª edição, 1º volume. São Paulo: Saraiva, 1997

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 36. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

FOLMANN, Melissa. **Sigilo bancário e fiscal**: à luz da lei complementar 105/2001 e do decreto 3.724/2001. Curitiba: Juruá. 2001.

GOMES, Orlando. Personalidades e direitos da personalidade. In. **Introdução ao Direito Civil**. 19º edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Cap.11, p.127-149.

GONÇALEZ, Antonio Manoel. A questão do sigilo bancário para efeitos tributários. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, v. 3, n. 9, p. 155-157, out./dez. 1994.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUIMARÃES, Torrieri Deocleciano (Org). **Dicionário compacto jurídico**. 15. ed. São Paulo: Rideel, 2011.

HAGSTROM, Carlos Alberto. O sigilo bancário e o poder público. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 29, n. 79, p. 34-62, jul./set.1990.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, v. VI.

LIMA, Rogério. Pode o fisco, por autoridade própria, quebrar o sigilo bancário do contribuinte?. **Revista Tributária de Finanças Públicas**, São Paulo, v.8, n. 34, p.146-156, set./out. 2000.

MACHADO, Hugo de Brito. A quebra do sigilo bancário. **Repertório IOB de jurisprudência**. Caderno 1. São Paulo, n.9, mai. 2001.

\_\_\_\_\_.O Estado e o Poder de Tributar In. **Curso de direito tributário**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.Cap.1, p.25-46

\_\_\_\_\_.Caderno de Pesquisa Tributária. Vol. 18, São Paulo:Ed. Resenha Tributária, 1993.p.85-86.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo Tributário**. São Paulo:Atlas, 2004.

MARQUES, Carlos Alexandre. Pedido de quebra de sigilo bancário e fiscal. Atuação do Ministério Público. **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 3, n. 27, 23 dez. 1998](#) . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/202>>. Acesso em: 10 out. 2012

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Das Limitações ao Poder de Tributar.In: **O SistemaTributário na Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2007.Cap. 6.3, p. 263-270.

\_\_\_\_\_.Inconstitucionalidades da Lei Complementar 105/2001. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, v. 4, n. 11, p. 31-38, jan./mar. 2001.

\_\_\_\_\_.Sigilo Bancário em Matéria Fiscal. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, v. 3, n. 12, p. 66-76, jul/set 1995.

MAZUTTI, Gustavo Cesar. **O sigilo bancário na jurisprudência do STF:proteção constitucional e questões sobre sua relatividade**”. Monografia da EF 2011. Disponível em <<http://bit.ly/JnB4e7> >.Acesso em> 23 de ago. de 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_.**Elementos de direito constitucional**. São Paulo: RT, 1980.

MENDONÇA, Gismália Marcelino. **Manual de Normalização para Apresentação de Trabalhos Acadêmicos**. 2º Ed. Salvador: UNIFACS, 2011.

MERTENS, Fábio Alceu. O sigilo de dados no direito constitucional brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 12, n. 1621, 9 dez. 2007](#) . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10748>>. Acesso em: 22 out. 2012

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Prova, sigilo bancário e verdade material no processo administrativo fiscal. In: CONGRESSO NACIONAL DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS, V., 2008, São Paulo. **Direito Tributário...** São Paulo: Noeses, 2008, p. 929.

PACHECO, Carla Sakai; SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. Quebra do sigilo bancário sem autorização judicial: violação da dignidade da pessoa humana. **Revista Jurídica Cesumar- Mestrado**, v. 11, n. 2 p. 553-574, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewFile/2129/1421>> Acesso em: 22 de out. 2012.

PEREIRA, Joana Carolina Lins. Sigilo bancário. **Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife**, n. 2, p. 187-212, maio 2001. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/28072>>. Acesso em: 21.08.12

Problemas de Processo Judicial Tributário, v. 4, coord. Valdir de Oliveira Rocha, São Paulo: Dialética, 1998.

QUEZADO, Paulo; LIMA, Rogério. **Sigilo bancário**. São Paulo: Dialética. 2002.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **O controle concentrado de constitucionalidade das leis no Brasil: filosofia e dimensões jurídico-políticas**. São Paulo: IBDEC, 2000, p.101.

REIS, Antonio Carlos. A inviolabilidade do sigilo de dados e o dever de informação ao Fisco. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo. n . 45.p. 181-188. Jul/ago. 2002.

REIS, Elcio Fonseca. O estado democrático de direito. Tipicidade tributária. Conceitos indeterminados e segurança jurídica. **Revista Tributária de Finanças Públicas**, São Paulo, v.8, n.34, p.157-168, set./out. 2000.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Direito à privacidade e os sigilos fiscal e bancário**. Interesse público. Porto Alegre: Nota Deaz, n.5, v. 20, p.13-43, jul./ag.2003

SABBAG, Eduardo. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SADDI, Jairo. A nova lei de “lavagem de dinheiro” e sua constitucionalidade. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, v. 6, n. 23, p. 25-31. 1998.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Sigilo Bancário e a Administração Tributária. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 269-81, abr./jun. 1995.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. O sigilo bancário e o direito a intimidade e privacidade das pessoas. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, v.10, n.42, p. 241-245, jan./fev. 2002.

SILVA, Jose Afonso da. Direito da Igualdade. In. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2011. Cap. III, p. 211-230.

SOUZA, Hamilton Dias de. Sigilo bancário e o direito à liberdade. **Revista Tributária de Finanças Públicas**, São Paulo, v.8, n.30, p.139-145, jan./fev. 2000.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 42 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. A Prova no Direito Tributário. 2º Ed. São Paulo: Noeses, 2008.

ROQUE, Maria José Oliveira Lima. **Sigilo Bancário e o Direito à Intimidade**. Curitiba: Juruá, 2001.

WALD, Arnoldo. Sigilo bancário e os direitos fundamentais. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 15/31, jan./mar. 1998.

\_\_\_\_\_.O sigilo bancário no projeto de lei complementar de reforma do sistema financeiro nacional e na Lei Complementar 70. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, n. 24, p. 196-209, out./dez. 1992.



