

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO

AURO KAZUTO MAEBAYASHI

**TRANSFERÊNCIA DE INFORMAÇÕES SUBMETIDAS AO SIGILO BANCÁRIO  
PARA A ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA FEDERAL**

Uruguaiana  
2008

AURO KAZUTO MAEBAYASHI

**TRANSFERÊNCIA DE INFORMAÇÕES SUBMETIDAS AO SIGILO BANCÁRIO  
PARA A ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA FEDERAL**

Monografia apresentada para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, na Faculdade de Direito do Campus Uruguaiana da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Manoel Francisco Cairoli Lopes

Uruguaiana

2008

AURO KAZUTO MAEBAYASHI

**TRANSFERÊNCIA DE INFORMAÇÕES SUBMETIDAS AO SIGILO BANCÁRIO  
PARA A ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA FEDERAL**

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, na Faculdade de Direito do Campus Uruguaiana da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Aprovado em \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2008.

BANCA EXAMINADORA:

Prof.

---

Prof.

---

Prof.

---

## RESUMO

A previsão legal do acesso aos dados protegidos pelo sigilo bancário pela administração tributária está nos arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, entretanto, esta lei é objeto de cinco Ações Diretas de Inconstitucionalidade pendentes de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. Observa-se um grande conflito de interesses, por um lado setores organizados da sociedade defendem ferrenhamente que as informações financeiras, as quais estão sob o manto das garantias constitucionais da inviolabilidade, da intimidade e da vida privada, do sigilo de dados, do devido processo legal e da reserva da jurisdição. Em defesa da validade da lei hostilizada, o poder público apresenta relevantes argumentos em sentido contrário, gerando o nascimento de uma colisão de direitos fundamentais. Diante dessa questão polêmica, propõe-se a pesquisa acerca da natureza jurídica do sigilo bancário, o seu sentido e o alcance, o seu tratamento em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros, bem como, o exame da constitucionalidade dos arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Ao final, conclui-se que inexistente reserva de jurisdição na matéria, nada impedindo que a lei defina a possibilidade de acesso aos dados bancários diretamente pela autoridade tributária. A transferência de informações protegidas pelo sigilo bancário à administração tributária atende as cláusulas do devido processo legal e da garantia do contraditório e da ampla defesa; e não há violação do princípio da proporcionalidade observando-se simultaneamente os subprincípios da necessidade, adequação e proporcionalidade no sentido estrito. Portanto, não há incompatibilidade vertical da previsão de acesso direto a informações financeiras por parte de autoridades fiscais, independentemente de autorização judicial, dada pelos arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001 com a Constituição Federal.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>6</b>
<b>2</b>	<b>DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE</b> .....	<b>9</b>
2.1	ESFERAS DA CIÊNCIA SOBRE A VIDA DAS PESSOAS.....	12
<b>3</b>	<b>DIREITO FUNDAMENTAL À INVIOABILIDADE DE DADOS</b> .....	<b>13</b>
<b>4</b>	<b>PRINCÍPIOS E REGRAS</b> .....	<b>17</b>
4.1	PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE .....	19
<b>5</b>	<b>SIGILO BANCÁRIO</b> .....	<b>23</b>
5.1	CONCEITO E FUNDAMENTOS DO SIGILO BANCÁRIO .....	23
<b>6</b>	<b>SIGILO BANCÁRIO NO DIREITO COMPARADO</b> .....	<b>27</b>
6.1	SIGILO BANCÁRIO NA VISÃO DA OCDE .....	30
<b>7</b>	<b>O SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL E O DEVER DE PAGAR TRIBUTOS</b> <b>32</b>	
7.1	PRINCÍPIO DA ISONOMIA TRIBUTÁRIA.....	34
7.2	PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA .....	35
<b>7.2.1</b>	<b>Conteúdo do princípio da capacidade contributiva</b> .....	<b>36</b>
<b>7.2.2</b>	<b>Capacidade contributiva e administração tributária</b> .....	<b>37</b>
<b>8</b>	<b>SIGILO BANCÁRIO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA</b> .....	<b>40</b>
8.1	INTRODUÇÃO .....	40
8.2	LEI Nº 4.595 DE 31 DE DEZEMBRO DE 1964 .....	40
8.3	LEI 5.172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966 (CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL - CTN) .....	42
8.4	CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	43
8.5	LEI Nº 8.021, DE 12 DE ABRIL DE 1990.....	44
8.6	LEI COMPLEMENTAR Nº 70, DE 30 DE DEZEMBRO DE 1991.....	45

8.7	LEI COMPLEMENTAR Nº 105, DE 10 DE JANEIRO DE 2001 E DECRETO Nº 3.724, DE 10 DE JANEIRO DE 2001 .....	47
8.8	CONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105, DE 10 DE JANEIRO DE 2001 .....	52
<b>9</b>	<b>CONSTITUCIONALIDADE DA TRANSFERÊNCIA DE INFORMAÇÕES SUBMETIDAS AO SIGILO BANCÁRIO PARA A ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA FEDERAL .....</b>	<b>55</b>
9.1	RESERVA DE JURISDIÇÃO .....	55
9.2	DEVIDO PROCESSO LEGAL E GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.....	58
9.3	PROPORCIONALIDADE .....	60
<b>9.3.1</b>	<b>Adequação.....</b>	<b>61</b>
<b>9.3.2</b>	<b>Necessidade .....</b>	<b>63</b>
<b>9.3.3</b>	<b>Proporcionalidade em sentido estrito .....</b>	<b>69</b>
<b>10</b>	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>76</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>81</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O tema sigilo bancário apresenta relacionamentos com várias disciplinas jurídicas, sendo as principais o Direito Constitucional, por lhe conferir estatua de garantia constitucional, com fundamento principalmente no direito à privacidade, previsto no inciso X do art. 5<sup>a</sup> da Constituição Federal; o Direito Penal, que tipifica como crime a sua violação indevida; o Direito Tributário, devido a grande importância das informações bancárias para as atividades das administrações tributárias; e o Direito Civil, em função da responsabilidade civil pelos danos causados pela divulgação indevida.

Tendo em vista a amplitude do instituto do sigilo bancário, necessário se faz delimitar o tema com a proposição de dissertar sobre a atribuição conferida à administração tributária de requisitar diretamente às instituições financeiras as informações de dados financeiros do contribuinte sob procedimento de fiscalização, sem necessidade de autorização judicial.

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

A pluralidade de posição sobre o tema, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, motiva o presente Trabalho de Conclusão do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Uruguaiana.

A inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 105/01 tem sido defendida por renomados juristas brasileiros, sendo argumentado que o sigilo bancário possui estatua de garantia constitucional com fundamento, principalmente, no direito à privacidade e no sigilo de dados, previstos nos incisos X e XII do art. 5<sup>o</sup> da Constituição Federal.

Argumenta-se, também, que a quebra administrativa do sigilo bancário caracteriza ato de privação de liberdade individual, a qual para ser consumada deve obedecer ao devido processo legal e assegurar o contraditório e a ampla defesa, garantias fundamentais previstas nos incisos LIV e LV do art. 5<sup>o</sup> da Constituição Federal.

Existe a corrente dos que entendem que o sigilo bancário está sob a proteção do postulado da reserva de jurisdição, importando em atribuir exclusividade aos magistrados para decidir a sua quebra.

Ainda, se alega o ataque ao princípio da proporcionalidade, uma vez que a transferência de informações protegidas pelo sigilo bancário à administração tributária não é adequada e nem necessária, pois se a administração tributária verificar indícios de práticas ilícitas, existe a via judicial para viabilizar o acesso aos dados do sigilo bancário.

Observa-se um grande conflito de interesses, por um lado setores organizados da sociedade defendem ferrenhamente que as informações financeiras estão sob o manto das garantias constitucionais da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, do sigilo de dados, do devido processo legal e da reserva da jurisdição.

Em defesa da validade da lei hostilizada, o poder público apresenta relevantes argumentos em sentido contrário, gerando o nascimento de uma colisão de direitos fundamentais.

O Estado, através dos seus órgãos competentes, como a Advocacia Geral da União e da Procuradoria da Fazenda Nacional, tem rebatido os argumentos da inconstitucionalidade, com a tese da relativização do sigilo bancário como não sendo direito absoluto, e que deve ceder diante do interesse público e social.

Defende-se que as informações financeiras não fazem parte do direito à intimidade, mas sim da vida privada. Apesar disso, essas informações não são sigilosas, pois outras pessoas têm acesso a elas, além do correntista do banco.

Argumenta-se que não há violação ao devido processo legal, pois se exige processo administrativo fiscal instaurado 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.

Postula-se, também, que os casos de reserva de jurisdição estão previstos expressamente na Constituição, o que não é o caso do sigilo bancário.

Ainda, o § 1º do art. 145 da Constituição Federal autoriza a administração tributária, respeitados os direitos individuais dos contribuintes, identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas para dar efetividade ao princípio da capacidade contributiva e à missão institucional da administração tributária.



Do acima exposto, observa-se uma discussão riquíssima da colisão de interesses, sendo apresentada uma amostra das principais variáveis envolvidas que merecem ser aprofundadas, o que torna transparente a sua relevância jurídica.

Diante dessa questão polêmica, propõe-se a pesquisa acerca da natureza jurídica do sigilo bancário, o seu sentido e o alcance, o seu tratamento em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros, bem como ao exame da constitucionalidade dos arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, que disciplinam a transferência de informações protegidas pelo sigilo bancário à administração tributária.

## 2 DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE

A Constituição Federal, em seu inciso X, artigo 5º, consagra a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, 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, 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;

Em relação às inviolabilidades da intimidade e da vida privada previstas no inciso X, art. 5º da Constituição Federal de 1988, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins (2001, p. 71) tecem os seguintes comentários:

O inciso oferece guarida ao direito à reserva da intimidade, assim como ao da vida privada. Consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre essa área da manifestação existencial do ser humano. [...] Não é fácil demarcar com precisão o campo protegido pela Constituição. É preciso notar que cada época dá lugar a um tipo específico de privacidade.

Silva (2003, p. 46) observa que a maioria das legislações apenas reconhece o direito à intimidade, mas a determinação do seu conteúdo fica a cargo da jurisprudência. Em relação ao conceito de vida privada, o autor destaca os assuntos restritos à família e aos amigos íntimos que são ou deveriam ser excluídos do conhecimento de terceiros. Exemplificando, a liberdade sexual, liberdade da vida familiar, o próprio direito à intimidade, e uma série de situações jurídicas associadas a outros direitos de personalidade e liberdades.

Segundo José Cretella Júnior (1988, v.1, p.257), a "intimidade é o status ou situação daquilo que é íntimo, isolado, só; de ser um direito ou liberdade pública de estar só, de não ser importunado, devassado, visto por olhos estranhos".

Pinto Ferreira (1989, p.79) faz referência ao documento que definiu cinco ofensas ao direito à intimidade produzido na Conferência Nórdica sobre o Direito à Intimidade de Estocolmo realizada em 1967:

a) penetração no retraimento da solidão da pessoa, incluindo-se no caso o espreitá-la pelo seguimento, pela espionagem ou pelo chamamento constante ao telefone; b) gravação de conversas e tomadas de cenas fotográficas e cinematográficas das pessoas em seu círculo privado ou em

circunstâncias íntimas ou penosas à sua moral; c) audição de conversações privadas por interferências mecânicas de telefone, microfilmes dissimulados deliberadamente; d) exploração de nome, identidade ou semelhança da pessoa sem seu consentimento, utilização de falsas declarações, revelação de fatos íntimos ou crítica da vida das pessoas; e) utilização em publicações, ou em outros meios de informação, de fotografia ou gravações obtidas sub-repticiamente nas formas precedentes.

Existem dois interesses tutelados na expressão “direito à intimidade”: a invasão e a divulgação da intimidade legitimamente conquistada. Essa distinção assume grande relevância quando se pensa no grau de lesividade de cada um desses interesses. Os danos advindos da divulgação indiscriminada da movimentação bancária de um contribuinte a particulares podem ser incomparáveis ao que este contribuinte poderia sentir com o simples fato de ter suas contas fiscalizadas por um servidor público.

Como pode ser constatado, existe uma certa confusão doutrinária abrangendo os conceitos de intimidade e de privacidade, para esclarecer, buscaremos na doutrina autores que diferenciam claramente os referidos conceitos.

Ferreira Filho (1990, p. 36) demonstra-se crítico com o texto constitucional ao afirmar da dificuldade de distinguir intimidade da vida privada. Vida privada, como é óbvio, opõe-se à vida pública. Esta é a que se desenrola perante os olhos da comunidade. Assim, é conhecida de muitos e pode ser conhecida de todos. A vida privada é a que se desenvolve fora das vistas da comunidade, fora das vistas do público, perante, eventualmente, um pequeno grupo de íntimos. Portanto, a intimidade compreende a vida em ambiente de convívio no interior de um grupo fechado e reduzido, normalmente, ao grupo familiar.

Mônica Neves Aguiar da Silva Castro (2002, p. 36 e 44) distingue conceitualmente a intimidade e a vida privada, dando conotação mais restrita àquela:

A privacidade é plasmada pelo conjunto de fatores hereditários ou socialmente adquiridos, que formam a personalidade psíquica do homem e que ele permite seja dividido entre seus familiares e amigos íntimos.

[...]

A reserva da intimidade consiste num bem mais restrito, no sentido de maior amplitude de exclusão do outro.

O ilustre professor Tercio Sampaio Ferraz Júnior (2006) emprega o termo intimidade como uma esfera mais restrita da vida privada:

No que tange a intimidade, é a informação daqueles dados que a pessoa guarda para si e que dão consistência à sua personalidade - dados de foro íntimo, expressões de auto-estima, avaliações personalíssimas com

respeito a outros, pudores, enfim dados que, quando constantes de processos comunicativos, exigem do receptor extrema lealdade e alta confiança, e que, se devassados, desnudariam a personalidade, quebrariam a consistência psíquica, destruindo a integridade moral do sujeito. Em termos do princípio da exclusividade, diríamos que esta é, nesses casos, de grau máximo.

No que diz respeito à vida privada, é a informação de dados referentes às opções da convivência, como a escolha de amigos, a frequência de lugares, os relacionamentos civis e comerciais, ou seja, de dados que, embora digam respeito aos outros, não afetam, em princípio, direitos de terceiros (exclusividade da convivência). Pelo sentido inexoravelmente comunicacional da convivência, a vida privada compõe, porém, um conjunto de situações que, usualmente, são informadas sem constrangimento. São dados que, embora privativos - como o nome, endereço, profissão, idade, estado civil, filiação, número de registro público oficial, etc. -, condicionam o próprio intercâmbio humano em sociedade, pois constituem elementos de identificação que tornam a comunicação possível, corrente e segura. Por isso, a proteção desses dados em si, pelo sigilo, não faz sentido. Assim, a inviolabilidade de dados referentes à vida privada só tem pertinência para aqueles associados aos elementos identificadores usados nas relações de convivência, as quais só dizem respeito aos que convivem. Dito de outro modo, os elementos de identificação só são protegidos quando compõem relações de convivência privativas: a proteção é para elas, não para eles. Em conseqüência, simples cadastros de elementos identificadores (nome, endereço, RG, filiação, etc.) não são protegidos. Mas cadastros que envolvam relações de convivência privadas (por exemplo, nas relações de clientela, desde quando é cliente, se a relação foi interrompida, as razões pelas quais isto ocorreu, quais os interesses peculiares do cliente, sua capacidade de satisfazer aqueles interesses, etc.) estão sob proteção. Afinal, o risco à integridade moral do sujeito, objeto do direito à privacidade, não está no nome, mas na exploração do nome, não está nos elementos de identificação que condicionam as relações privadas, mas na apropriação dessas relações por terceiros a quem elas não dizem respeito. Pensar de outro modo seria tornar impossível, no limite, o acesso ao registro de comércio, ao registro de empregados, ao registro de navio, etc., em nome de uma absurda proteção da privacidade.

Diante do exposto, pode-se vislumbrar um caráter mais restrito e mais individualista da intimidade em relação à vida privada. Entende-se por vida privada aquilo que não é de conhecimento notório, não excluindo a vida social, mas limitando-a àquelas pessoas a que se revelam acontecimentos desse convívio restrito. A vida privada diz respeito à convivência das pessoas na mesma residência compartilhando hábitos e informações, bem assim, acontece com a convivência de pessoas que trabalham, estudam, praticam esporte ou desfrutam de lazer no mesmo local.

Quanto à intimidade, entende-se que trata de informações que a pessoa guarda para si de forma íntima e restrita, subtraindo da exposição em relação à vida privada. Desta forma podemos inferir que a intimidade é uma esfera de exclusão interna em relação à vida privada, e esta, uma esfera de exclusão em relação à vida pública.

## 2.1 ESFERAS DA CIÊNCIA SOBRE A VIDA DAS PESSOAS

Da objetiva doutrina alemã, podemos extrair a teoria das esferas sobre a vida das pessoas, analisada por Costa Júnior (1970, p. 31), simbolizada por círculos concêntricos de tamanho inversamente proporcional à restrição da intimidade onde a esfera privada *stricto sensu* possui o raio maior, a da intimidade ou confiança possui raio intermediário e do segredo possui o raio menor. Fora da esfera de maior raio estaria a vida pública, composta de situações e condutas de natureza não reservada, ao alcance da sociedade em geral.

Estabelecendo conteúdos para cada uma das esferas, Costa Júnior (1970, p. 31-32) esclarece que na esfera privada *stricto sensu* se incluem os comportamentos e acontecimentos que o indivíduo deseja que não se tornem do domínio público. Na esfera da intimidade ou confiança incluem-se a participação das pessoas que o indivíduo deposita certa confiança e com os quais mantém certa familiaridade, inclusos conversações e acontecimentos íntimos. Esta esfera se caracteriza pela exclusão tanto das pessoas do povo quanto das que integram a esfera privada.

Já a esfera do segredo é a menor delas e compreende parcela da vida particular, que é conservada em segredo pelo indivíduo, da qual compartilham, quando muito, alguns amigos apenas. Desta esfera não participam sequer as pessoas da intimidade do sujeito. Conseqüentemente, a necessidade de proteção legal contra a indiscrição, nesta esfera, faz-se sentir mais intensa.

Da análise do inciso X do art. 5º da Constituição Federal de 1988, observa-se que não há referência ao segredo como tipo autônomo de direito individual, havendo menção apenas a intimidade e a vida privada. Donde se infere que a esfera do segredo está tutelada pela da intimidade, por ser lhe mais abrangente.

### 3 DIREITO FUNDAMENTAL À INVIOABILIDADE DE DADOS

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XII, dispõe:

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

[...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Na busca do correto sentido e alcance do conceito de sigilo de dados, recorreremos à doutrina e à jurisprudência.

Heloisa Estellita Salomão (2001, p. 60) comenta que o inciso XII, do art. 5º da Constituição Federal não oferece tutela a toda e qualquer espécie de dados:

Um 'dado' nada mais é do que uma informação representativa de um fato. Por isso a Constituição não pretendeu tutelar o 'dado' em si, mas sim o fato do mundo real a que este se refere ou representa. Portanto, somente os fatos que em razão de algum outro preceito constitucional ou que digam respeito a um direito fundamental encontram amparo no referido sigilo. Não fosse assim, até mesmo os dados de interesse coletivo ou geral seriam invioláveis, e o inciso XXXIII, do art. 5º, segundo o qual todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse coletivo ou geral, perderia completamente o sentido.

O entendimento é no sentido de que o sigilo proposto no inciso XII, do art. 5º da Constituição Federal somente o é enquanto os dados se referirem à vida privada ou intimidade das pessoas, estando correlacionado com a liberdade das pessoas de não fazerem, ou seja, ocultarem informações.

Tercio Sampaio Ferraz Júnior (1992, p. 145-146) analisando o sigilo de dados que é uma hipótese, trazida pela Constituição Federal de 1988, se manifestou:

O sigilo, no inciso XII do art. 5º está referido à comunicação, no interesse da defesa da privacidade. Isto é feito, no texto, em dois blocos: a Constituição fala em sigilo 'da correspondência' e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas". Note-se para a caracterização dos blocos, que a conjunção e une correspondência com a telegrafia, segue-se um a vírgula e depois, a conjunção de dados com comunicações telefônicas. Há uma simetria nos dois blocos. Obviamente o que se regula é comunicação por correspondência e telegrafia, comunicação de dados e telefônica. O que fere a liberdade de omitir pensamento é, pois, entrar na comunicação alheia, fazendo com que o que deveria ficar entre sujeitos que se comunicam privativamente passe ilegalmente ao domínio de terceiro. Se alguém elabora para si um cadastro sobre certas pessoas, com informações marcadas por avaliações negativas, e o torna público, poderá estar cometendo difamação, mas não quebra de sigilo de dados. Se estes

dados, armazenados eletronicamente, são transmitidos, privadamente, a um parceiro, em relações mercadológicas, para defesa do mercado, também não estará havendo quebra de sigilo. Mas se alguém entra nessa transmissão, como um terceiro que nada tem a ver com a relação comunicativa, ou por ato próprio ou porque uma das partes lhe cede acesso indevidamente, estará violando o sigilo de dados.

A distinção é decisiva, o objeto protegido no direito à inviolabilidade do sigilo não são os dados em si, mas a sua comunicação restringida (liberdade de negação). A troca de informações (comunicação) privativa é que não pode ser violada por sujeito estranho a comunicação. Doutra modo, se alguém, não por razões profissionais, ficasse sabendo legitimamente de dados incriminadores relativos a uma pessoa, ficaria impedido de cumprir seu dever de denunciá-los.

Extrai-se, do texto acima, que o bem jurídico tutelado pelo sigilo de dados é a própria comunicação utilizando-se de meio privativo, não necessitando a existência de conteúdo relacionado à intimidade ou a vida privada.

Assim, não se pode interceptar uma comunicação a pretexto de que os dados comunicados não são privativos, ou interceptá-los para depois verificar o seu conteúdo.

Em relação à reserva jurisdicional constitucional da quebra do sigilo de dados, o eminente Ministro Marco Aurélio de Mello (BRASIL, 1993) em seu voto vencido e proferido no julgamento da Pet nº 577 QO – DF, pelo tribunal pleno, se manifestou assim:

No texto, vejo o emprego de dois conectivos ‘e’ a revelar que temos, na verdade não quatro casos, mas apenas dois: o primeiro, abrangendo a ‘correspondência’ e as ‘comunicações telegráficas’: ‘é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas’; o segundo, a envolver ‘dados’ e ‘comunicações telefônicas’. Se estou certo neste enfoque, rechaço a possibilidade de ter o sigilo relativo a ‘dados’ como inafastável. O sigilo, a meu ver, pode ser afastado mediante a aplicação do que se contém na parte final do preceito, conforme a expressão: ‘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’.

Ministro Nelson Jobim (BRASIL, 1999) do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 219.780/PE, julgado em 13 de abril de 1999, manifesta-se pela natureza absoluta do sigilo das comunicações de dados, não de seus resultados, ou seja, dos dados em si:

Passa-se, aqui, que o inciso XII não está tornando inviolável o dado da correspondência, da comunicação, do telegrama. Ele está proibindo a interceptação da comunicação dos dados, não dos resultados. Essa é a razão pela qual a única interceptação que se permite é a telefônica, pois é a única a não deixar vestígios, ao passo que nas comunicações por correspondência telegráfica e de dados é proibida a interceptação porque os dados remanescem; eles não são rigorosamente sigilosos, dependem da interpretação infraconstitucional para poderem ser abertos. O que é vedado de forma absoluta é a interceptação da comunicação da correspondência, do telegrama. Por que a Constituição permitiu a interceptação da

comunicação telefônica? Para manter os dados, já que é a única em que esgotando-se a comunicação desaparecem os dados. Nas demais, não se permite porque os dados remanescem, ficam no computador, nas correspondências, etc.

O Ministro Sepúlveda Pertence (BRASIL, 2000), ao proferir voto no Mandado de Segurança nº 21.729/DF, publicado no DJ em 19 de outubro de 2000, alinha-se à tese do Ministro Nelson Jobim, conforme a seguir:

Da minha leitura, no inc. 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.

A posição do Ministro Francisco Rezek (BRASIL, 2000) é convergente em relação aos demais eminentes Ministros no julgamento do Mandado de Segurança nº 21.729/DF, publicado no DJ em 19 de outubro de 2000:

Do inciso XII, por seu turno, é de ciência corrente que ele se refere ao terreno das comunicações: a correspondência comum, as mensagens telegráficas, a comunicação de dados, e a comunicação telefônica. Sobre o disparate que resultaria do entendimento que, fora do domínio das comunicações, os dados em geral - e a seu reboque o cadastro bancário - são invioláveis, não há o que dizer. O funcionamento mesmo do Estado e do setor privado enfrentaria um bloqueio. A imprensa, destacadamente, perderia sua razão de existir.

O entendimento majoritário dos ministros do STF é no sentido de que a Constituição, no inciso XII do art. 5º, busca proteger de modo absoluto a comunicação "de dados" e não os seus resultados que constituirão dados" registrados em algum meio, exceto a comunicação telefônica que não deixa vestígios.

Corroborando com essa interpretação, André Serrão Borges de Sampaio (*apud* VALENTE, 2006, p. 91-92) admite expressamente a reserva legal o art. 5º, XII, salvo a comunicação telefônica:

Admite-se tão somente a interceptação telefônica exatamente por não se encontrar está sujeita a registro. O conteúdo de uma conversa telefônica é fugaz ou unissubsistente, consumindo-se com a própria ocorrência. Assim, permite-se já a interceptação da conversa telefônica e não o acesso posterior ao conteúdo de seu registro, porque um tal registro simplesmente inexistente. É tão-somente por essa razão a saber, a impossibilidade de um posterior acesso a registro do conteúdo da conversa telefônica que se conferiu excepcional faculdade de interceptação da conversa telefônica. Caso assim não fosse, seria impossível explicitar a razão pela qual o direito consubstanciado na preservação do sigilo das comunicações não haveria de alcançar exatamente a comunicação telefônica, exatamente a hipótese mais gravosa de interceptação das comunicações. Do mesmo modo, a reserva de jurisdição decorre exatamente do caráter excepcional dessa faculdade, que, como já repetida à saciedade, refere-se antes à interceptação da



comunicação e não ao acesso a seu registro. A interceptação telefônica, a justificar a excepcionalidade da reserva da jurisdição, implica acesso a toda e qualquer informação constante da comunicação ainda que alheia às razões que justificaram a intervenção estatal. De resto, considere-se ainda a circunstância de que a comunicação telefônica, por seu caráter direto ou independente de intermediação, espontâneo, oral, em tempo real e teoricamente ilimitado, afigura-se mais apta a permitir a revelação de informações diretamente afetadas à intimidade que seus congêneres consubstanciados nas comunicações telegráficas, nas comunicações de dados e na correspondência (que não ostentam tais atributos). Dito isso, parece legítimo supor que a relativização do sigilo da comunicação telefônica evidentemente afeta mais à intimidade que as demais formas de comunicação que decorre da pressuposição legal da legitimidade da distinção entre comunicação de dados e registro de dados.

Do exposto, interpreta-se que a comunicação de dados transmitida por meio privado está tutelada pelo sigilo, sendo ela inviolável. Não são os dados, não é a correspondência, não é a comunicação telegráfica que são invioláveis, mas o que se resguarda, o que é inviolável constitucionalmente é o ato de comunicá-los.

Um terceiro não pode se interpor para ter acesso ao conteúdo da comunicação privativa realizada pelas formas citadas, qualquer que seja o seu conteúdo, dizendo respeito a algum direito fundamental ou não.

A comunicação por meio telefônico diferencia dos demais meios por não deixar vestígios dos dados transmitidos. Daí por que permite a sua interceptação mediante autorização judicial. Nas outras hipóteses (dados, correspondência, telegráfica) isso não ocorre, uma vez que tais comunicações deixam vestígios, isto é, os dados ficam registrados.

## 4 PRINCÍPIOS E REGRAS

Sabe-se que os direitos fundamentais não são absolutos e ilimitados, encontrando seus limites em outros direitos fundamentais, também consagrados na Constituição.

A Constituição contém um sistema aberto de princípios e regras que orienta todo o sistema, sendo que os princípios assumem posição hegemônica na pirâmide normativa.

Alexy (2008, p. 90) faz distinção de princípios e regras como espécies de normas. Afirma que o princípio é mandado de otimização, de modo que o seu cumprimento depende das condições fáticas e jurídicas, enquanto que a regra é determinada e funciona com a lógica binária, somente podendo se cumprida ou não.

Quando se está diante de duas regras que incidem sobre uma determinada hipótese fática, a questão é solucionada pelos três critérios clássicos apontados por Norberto Bobbio (1996, p.91-97), o critério cronológico, hierárquico e da especialidade:

### CRITÉRIO CRONOLÓGICO - *LEX POSTERIOR DEROGAT PRIORI*

Entre duas normas incompatíveis, prevalece a norma posterior. Partindo-se da regra geral do Direito em que a vontade posterior revoga a precedente, e que de dois atos de vontade da mesma pessoa vale o último no tempo, imagine-se a lei como expressão da vontade do legislador e não haverá dificuldade em justificar a regra.

### CRITÉRIO HIERÁQUICO - *LEX SUPERIOR DEROGAT INFERIORI*

Entre duas normas incompatíveis prevalece a hierarquicamente superior. Vimos também, anteriormente, que as normas são colocadas em planos diferentes, em ordem hierárquica. Uma das conseqüências da hierarquia é justamente a de que as normas superiores podem revogar as inferiores, mas as normas inferiores não podem revogar as superiores.

### CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE – *LEX SPECIALIS*

Entre duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial (ou excepcional), prevalece a segunda: *lex specialis derogat generali*. A lei especial é aquela que anula uma lei mais geral, ou que subtrai de uma norma uma parte da sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente. Quando se aplica o critério da *lex specialis* não acontece a eliminação total de uma das duas normas incompatíveis mas somente daquela parte da lei geral que é incompatível com a lei especial. Por efeito da lei especial a lei geral cai parcialmente.

Deste modo, no caso de conflito de duas regras, aplicam-se esses critérios, sendo que subsistirá apenas uma regra no plano de validade. No caso de princípios não se trata de conflito, mas de colisão.

Não há hierarquia entre princípios constitucionais, pois na unidade da Constituição não existem normas antinômicas. De sorte que, para solucionar colisões de princípios constitucionais deve se socorrer a ponderação de seus pesos.

Na interpretação da Constituição, o professor Gomes Canotilho (2000, p. 1187) ensina que:

O princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade. Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.

No caso de colisão de princípios é pertinente a explicação de Robert Alexy (1997, p.251):

A colisão ocorre, p.ex., se algo é vedado por um princípio, mas permitido por outro, hipótese em que um dos princípios deve recuar. Isto, porém, não significa que o princípio do qual se abdica seja declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção nela se introduza. Antes, quer dizer – elucida Alexy – que, em determinadas circunstâncias, um princípio cede ao outro ou que, em situações distintas, a questão de prevalência se pode resolver de forma contrária.

Então, partindo-se dessa constatação de que não existe hierarquia entre os princípios constitucionais, é perfeitamente possível que um deles seja aplicado concretamente, de forma parcial ou total, em uma ponderação a ser feita ao caso concreto, sem que isso signifique que o princípio afastado seja declarado inválido.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p.808) traz a conceituação de princípio:

é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito 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 intelecção das partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Bonavides (2000, p. 237) afirma que a teoria dos princípios, depois de acalmados os debates acerca da normatividade que lhes é inerente, converteu-se no coração das Constituições.

#### 4.1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Na busca humana pelo ideal de justiça, surgiram várias construções doutrinárias, cabendo destaque ao princípio da proporcionalidade que vem sendo utilizado com frequência na jurisprudência brasileira.

É atribuída à Alemanha a formulação atual do princípio da proporcionalidade, notadamente no campo dos direitos constitucionais. O termo proporcionalidade é oriundo da tradução do termo alemão, sendo composto de três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, também chamado, de justa medida, no sentido da relação entre meio e fim.

Na doutrina e na jurisprudência brasileira, existe a concordância sobre a presença da idéia de proporcionalidade em nossa Constituição, alguns autores identificam com a cláusula do devido processo legal, outros como o eminente Ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes, o identifica com o princípio do Estado Democrático de Direito e com o princípio da legalidade.

É possível vislumbrar duas funções distintas desempenhadas pelo referido princípio no sistema normativo. Na primeira delas, o princípio da proporcionalidade configura instrumento de salvaguarda dos direitos fundamentais contra a ação limitativa que o Estado impõe a esses direitos. De outro lado, o princípio em exame também cumpre a relevante missão de funcionar como critério para solução de conflitos de direitos fundamentais, através de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto.

Esta função é ressaltada por Paulo Bonavides (2000, p.386), *in verbis*:

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca daí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. As cortes constitucionais européias, nomeadamente o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, já fizeram uso freqüente do princípio para diminuir ou eliminar a colisão de tais direitos.

O subprincípio da adequação deve ser entendido como exigência de que a restrição deve ser apta a produzir fim colimado, pois do contrário, há de ser considerada inconstitucional.

O subprincípio da necessidade deve ser entendido como, em existindo várias alternativas para alcançar o fim pretendido, deve ser escolhida aquela menos nociva

aos interesses individuais, ou seja, sempre que possível, buscar o meio menos gravoso. Quer dizer, a violação da vida privada não pode ser simplesmente um meio para olvidar a dificuldade da administração de chegar a uma determinada informação.

Finalmente, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito serve para indicar, entre as possibilidades jurídicas, se o meio utilizado encontra-se em proporção com o fim perseguido, da relação entre meio e fim. Exige que o Estado procure sopesar as vantagens e desvantagens da medida tomada e, assim, decidir pela tomada ou não do ato. Este princípio só deverá ser analisado após a observância dos dois outros anteriormente mencionados, pois, às vezes, apesar de a medida ser adequada e exigível, poderá não ser proporcional em sentido estrito.

Alexy (1997, p.111-115) ensina que o princípio da proporcionalidade pode ser contemplado em três princípios parciais: a) da adequação, b) da necessidade ou do meio mais benigno e, c) da proporcionalidade em sentido estrito. Afirma, também, que a solução para os conflitos entre os princípios exige-se um exercício de ponderação, verificando qual a disposição constitucional que tem peso maior para a questão concreta a ser decidida.

Mendes (2002, p.3) comenta que a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (ou seja, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (quer dizer, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).

Em outras palavras, tendo em vista a observância do princípio da proporcionalidade, cabe analisar não só a legitimidade dos objetivos perseguidos pelo legislador, mas também a adequação dos meios empregados, a necessidade

de sua utilização, bem como a razoabilidade, isto é, a ponderação entre a restrição a ser imposta aos cidadãos e os objetivos pretendidos.

Na Representação nº 930 apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, o eminente Ministro Rodrigues Alckmin em seu voto enfatizou que a simples existência de lei não se afigura suficiente para legitimar a intervenção no âmbito dos direitos e liberdades individuais. Ressaltou, ainda, que as restrições sejam proporcionais, isto é, que sejam "adequadas e justificadas pelo interesse público" e atendam "ao critério de razoabilidade".

Gilmar Ferreira Mendes (2001, p. 2) destaca a decisão do Tribunal Constitucional Alemão que explicitou:

[...] os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado; é necessário se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais.

Assim, a doutrina constitucional moderna, quando se trata de imposição de restrição a direitos, observa não apenas a admissibilidade constitucional da restrição fixada, mas também a compatibilidade dessa com o princípio da proporcionalidade.

Com efeito, já existem normativos federais prevendo os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, como no art. 2º da Lei nº 9784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal:

Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

[...]

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

Também o art. 4º do Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, com nova redação dada pelo Decreto nº 6.104, de 2007, que regula o acesso pela Receita Federal do Brasil às informações bancárias, dispõe sobre a necessidade de observação pela administração pública do princípio da razoabilidade:

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

[...]

§ 6º. No relatório referido no parágrafo anterior, deverá constar a motivação

da proposta de expedição da RMF, que demonstre, com precisão e clareza, tratar-se de situação enquadrada em hipótese de indispensabilidade prevista no artigo anterior, observado o princípio da razoabilidade.

Do acima exposto, observa-se que na existência de colisão de direitos fundamentais, faz-se necessário buscar fundamentos sólidos para o seu equacionamento, devendo-se efetivar o exame da constitucionalidade visando alcançar uma solução justa ao caso.

## 5 SIGILO BANCÁRIO

Como o direito ao sigilo bancário não está expressamente previsto na Constituição Federal, subsiste a polêmica quanto a sua estatutura constitucional. Na busca dessa resposta, serão analisados os conceitos, os fundamentos e a natureza do sigilo bancário, elaborados pela doutrina e pela jurisprudência.

### 5.1 CONCEITO E FUNDAMENTOS DO SIGILO BANCÁRIO

A doutrina define sigilo bancário sob várias óticas, dentre elas, se destaca a do doutrinador argentino Malagarriga (*apud* COVELLO, 2001, p.83):

sigilo bancário é a obrigação imposta aos bancos e a seus funcionários de não revelarem a terceiros, sem causa justificada, os dados pertinentes aos clientes, que conheçam como consequência das relações jurídicas que os vinculam.

O sigilo bancário é "a obrigação que têm os Bancos de não revelar, salvo justa causa, as informações que venham a obter em virtude de sua atividade profissional" (COVELLO, 2001, p.86).

Bellinetti (1996, v.18, p.144) defende posição no sentido de que sigilo bancário é o "dever jurídico que têm as instituições de crédito e as organizações auxiliares e seus empregados de não revelar, salvo justa causa, as informações que venham a obter em virtude da atividade bancária a que se dedicam".

Para Arnaldo Wald (1992, p. 196-209) define:

O sigilo bancário se enquadra no conceito mais amplo do segredo profissional, que tem merecido uma proteção mais ampla, ensejando sua violação caracterização como crime (art. 154 do Código Penal).  
[...] o cliente não quer divulgar determinados fatos que, hoje, são reconhecidos como constituindo um reflexo e uma projeção de sua personalidade;  
o profissional, por sua vez, considera a discricão como elemento do seu fundo de comércio e, por outro lado, os nomes dos clientes constituem um verdadeiro segredo comercial e integram o seu fundo de comércio.

Eivany Antônio Silva (2005, p.41-42) afirma que:

o sigilo bancário é espécie do gênero 'sigilo de dados', constituindo em um direito fundamental, protegido constitucionalmente, inserto que está no rol



dos direitos e garantias individuais, ou seja, em 'cláusulas pétreas' da Carta Magna, não podendo, portanto, ser modificado nem mesmo por Emenda à Constituição e, portanto, muito menos, por legislação de hierarquia inferior.

Na concepção de Covello (2001, p. 87, 157 e 164), o sigilo bancário tem a natureza jurídica de vínculo obrigacional pelo qual o Banco fica sujeito a cumprir uma prestação em proveito de outrem. Esta prestação se caracteriza por ser direito de não fazer, pois cabe ao banco manter sob sua guarda informações sem divulgá-las, atendendo ao interesse do sujeito ativo da relação obrigacional. A obrigação surge da própria atividade profissional. Os bancos, que no exercício de suas funções adentram na vida privada de seus clientes e de terceiros, tomam conhecimento de informações que normalmente permaneceriam excluídos do conhecimento alheio. Essas informações não podem ser reveladas pelos bancos por ter finalidade de resguardar a privacidade das pessoas.

Conforme examinado, há divergências na fixação do conceito, evidenciando-se a complexidade do instituto do sigilo bancário que apresenta inúmeras facetas a serem consideradas.

A propósito das correntes doutrinárias que procuram dar fundamento jurídico ao instituto, na dicção de Jose Paulo Baltazar Júnior (2005, p. 57), o sigilo bancário pode ser visto como:

a) uso ou costume comercial; b) contratual, decorrente da vontade das partes; c) extracontratual, por gerar responsabilização civil da instituição financeira em caso de dano causado ao cliente ou terceiro; d) criminal, por constituir crime a sua violação; e) segredo profissional; f) legal, quando previsto em lei; g) constitucional, por conta da proteção concedida à vida privada.

Existe uma conexão entre os vários fundamentos apresentados para o sigilo bancário. O uso comercial foi o argumento na origem do instituto que foi superado com o advento da regulamentação legal, que certamente considerou os usos e costumes consagrados. Nada obsta a vontade das partes, de caráter privado, manifestada em contrato, desde que não contrarie normas de ordem pública. Mesmo que não exista contrato, a divulgação de informações indevidas poderá ensejar a responsabilidade civil por danos, com fundamento no art. 927 do Código Civil. Ainda, apesar de sua violação constituir crime, não se pode reduzir o fundamento do sigilo apenas ao aspecto penal. Se a matéria possuir estatura Constitucional, ainda assim, necessitaria regulamentação legal. Em síntese, os vários fundamentos apresentados

guardam uma relação de complementaridade, cada um abordando um aspecto desse complexo instituto.

Do exposto, depreende-se que para análise mais adequada dos fundamentos do sigilo bancário, devem-se levar em conta os fatos e valores atuais e o ordenamento jurídico Constitucional e as suas regulamentações.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, na dicção do Ministro Carlos Velloso (BRASIL, 1993), relator do voto vencedor na Pet. Nº 577 QO - DF, fundamentou no direito a privacidade o sigilo bancário, conforme a seguir:

O sigilo bancário protege interesses privados. É ele espécie de direito à privacidade, inerente a personalidade das pessoas e que a Constituição consagra (C.F., art. 5º, X), além de atender a uma finalidade de ordem pública, qual seja a de proteção do sistema de crédito.  
[...] Faço residir, portanto, no inciso X, do art. 5º, da Constituição, o sigilo bancário, que tenho como espécie de direito à privacidade.

No mesmo julgado, expressou o Ministro Celso de Mello (BRASIL, 1993):

A relevância do direito ao sigilo bancário - que traduz, na concreção do seu alcance, uma das projeções realizadoras do direito à intimidade - impõe, por isso mesmo, ao Poder Judiciário, cautela e prudência na determinação de ruptura da esfera de privacidade individual, que o ordenamento jurídico, em norma de salvaguarda, pretendeu submeter à cláusula tutelar de reserva.

Relevante registrar que no julgado da Petição nº 577 QO - DF os Ministros Célio Borja, Neri da Silveira e Marco Aurélio fundamentaram o sigilo bancário também no inciso XII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, ou seja, no "sigilo de dados", mas esta não foi a posição hegemônica. O entendimento predominante no STF é o de que o sigilo da comunicação de dados se presta a tutelar a comunicação privativa, isto é, o ato da comunicação e não os dados armazenados. Deste modo, O "sigilo de dados" somente tutela os informes bancários se estiver em jogo a intervenção em uma relação comunicacional via processamento de dados, onde tais elementos estejam sendo transmitidos. Segundo Cristiano Mendes Wolney Valente (2006, p.99), a proteção é indireta, sem distinguir as informações públicas e privadas, já que a proteção direta recai sobre a comunicação privativa, isto é, a liberdade de se comunicar excluindo os outros.

Ressalta-se que o artigo 192 da atual Constituição Federal prevê a regulamentação do sistema financeiro nacional por meio de lei complementar. Como o referido artigo não foi regulamentado até a presente data, a Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que dispõe sobre a política e as instituições monetárias,

bancárias e creditícias, e, cria o Conselho Monetário Nacional, acabou sendo recepcionada ao ordenamento jurídico com natureza e força de lei complementar.

No nível de regramento infraconstitucional, o sigilo bancário está, também, disciplinado na Lei Complementar nº 105/2001, examinado no capítulo 7.

Como o direito ao sigilo bancário não está expressamente previsto na Constituição Federal, a doutrina e a jurisprudência nacional têm enfrentado a questão, sendo o entendimento majoritário que tal fundamento está no direito à inviolabilidade da vida privada previsto no inciso X do art. 5º da Constituição Federal, não implica, porém, na conclusão de que se trata de direito absoluto, podendo ser relativizado em favor de interesse público.

## 6 SIGILO BANCÁRIO NO DIREITO COMPARADO

Uma abordagem sintética do tratamento dado por alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros para o sigilo bancário proporciona uma compreensão mais abrangente dessa entidade jurídica, permitindo-se ter uma visão de como são equacionados os conflitos das garantias de direito individual com o interesse do Estado em controlar as movimentações financeiras.

O sigilo bancário no sistema norte-americano é tratado segundo Arnold Wald (*apud* DELGADO, 2001, p.12) da seguinte forma:

No sistema jurídico norte-americano, depois de discrepâncias nas legislações estaduais e após a lei federal que restringiu o âmbito da obrigatoriedade do sigilo bancário, foi aprovada a *Right to Financial Privacy Act*, que dispõe que a prestação de informações por parte da instituição financeira somente pode ser dada em processos administrativos ou judiciais, quando os dados forem relevantes para solucionar o litígio. Com essa lei a quebra do sigilo bancário ganhou um caráter excepcional, somente podendo ocorrer desde que respeitado o devido processo legal. Assim, o direito americano buscou conciliar a defesa ao direito de privacidade, o atendimento aos interesses públicos quanto às informações financeiras e a existência do contraditório.

Roberto Massao Chinen (2005, p.176-179) analisa o sigilo bancário em vários ordenamentos jurídicos estrangeiros, possibilitando o conhecimento das práticas nesses países. Esse estudo encontra-se descrito a seguir:

Na França, o sigilo bancário funda-se no dever de sigilo profissional. A proteção ao sigilo bancário encontra limites nos interesses do Estado, o que lhe confere um caráter relativo, que emerge quando os interesses dos particulares são confrontados com o interesse geral. Os bancos devem participar desse interesse nos diferentes aspectos reconhecidos pela lei: o bom funcionamento do sistema bancário, o bom funcionamento da justiça penal, a defesa dos interesses econômicos do Estado. Esses últimos aparecem sobretudo em matéria tributária e na administração das aduanas. A administração tributária sempre foi dotada de meios eficazes na busca de informações visando a assegurar a efetividade da aplicação da lei tributária. Nesse sentido, os bancos desempenham um papel vital, como provedores de dados particularmente eficazes. A quebra do sigilo bancário é necessária na luta contra a fraude fiscal, através da utilização de diversos instrumentos: a) obrigação de comunicação espontânea ao fisco (*obligation de communication spontanée*), que inclui uma série de informações como abertura e fechamento de contas bancárias, pagamento de lucros, dividendos, rendas e outros produtos de valores mobiliários, remessas bancárias ao estrangeiro por pessoa jurídica acima de 50.000 F etc; b) direito de informação do fisco (*droit de communication*), pelo qual os agentes fiscais podem exigir, sem necessidade de informar ao contribuinte investigado, a produção de documentos, peças de correspondência e livros contábeis, visando ao controle dos impostos exigíveis, à busca de omissões e de fraudes em matéria tributária; c) busca e apreensão (*droit de visite et saisie*), que concede aos agentes com nível hierárquico no mínimo

equivalente ao de inspetor, com autorização judicial e acompanhado de um oficial da polícia judiciária, por motivo de verificação, persecução e repressão de infrações à legislação econômica, o poder de realizar visitas em locais profissionais ou domiciliares, para obter informações e apreender documentos.

Na Bélgica, o banqueiro não se encontra submetido a um verdadeiro segredo profissional, mas, àquilo que se convencionou chamar de dever de discrição, para cujo descumprimento não existe sanção penal, ensejando no máximo responsabilidade civil. O acesso à informação bancária pela administração tributária depende da natureza do imposto envolvido. Nos casos de imposto de renda, em que o sigilo bancário é mais estrito, a autoridade fiscal somente pode ter acesso àquelas informações se houver elementos concretos que presumam a existência de práticas fiscais fraudulentas. No caso do imposto sobre o valor agregado e os impostos aduaneiros, não é necessário estabelecer a presunção de fraude para o levantamento do sigilo bancário, mas o inspetor deve requisitar autorização do diretor geral de sua administração. Com relação aos impostos patrimoniais, não existe sigilo bancário.

Na Argentina, a administração tributária é dotada de amplos poderes de investigação, podendo requisitar dados financeiros diretamente às instituições financeiras, sem necessidade de intervenção judicial. A única condição exigida é a existência de um pedido formal e prévio. O fisco pode requisitar dados aos bancos sem que haja um responsável determinado e sem haver procedimento fiscalizatório instaurado, bastando um prévio pedido formal, o que abre a possibilidade de obtenção de dados de contribuintes indeterminados. O que se pretendeu com essa reforma foi esgotar os meios para evitar a existência de redutos de evasão, que, à época, alcançava níveis preocupantes.

Em Portugal, tanto a doutrina como a jurisprudência entendem que o sigilo bancário possui uma dimensão de defesa da intimidade da vida privada, direito esse de natureza fundamental, consagrado no art. 26 da Constituição portuguesa, o que acabou criando um padrão protetor com características mais amplas do que o vigente na Suíça. Entretanto, em 19.12.2000, foi publicada a Lei 30-G, a Lei da Reforma de Tributação do Rendimento, cujo art. 63 prevê o acesso direto pelo fisco aos documentos bancários.

Nos Estados Unidos, os cidadãos têm direitos mínimos quanto à privacidade financeira, devido à preocupação de combate aos crimes que afetam sua segurança econômica. As leis norte-americanas impõem sanções criminais aos bancos que descumprem a obrigação de envio aos poderes públicos de relatórios contendo certos dados de seus clientes, estabelecidos pelo *Bank Secrecy Act*, de 1970, que obriga os bancos a fornecerem relatórios ao tesouro americano em caso de transações suspeitas de envolvimento com atividades ilegais, ou qualquer operação cujo montante ultrapasse US\$ 10.000, incluindo a identificação, número da conta e número de identificação do *social security* ou de contribuinte de impostos, da pessoa envolvida. Além disso, os bancos devem manter, por um período de cinco anos, registros indicando a identidade de todo os titulares de conta e cópias ou microfilmes de cheques superiores a US\$ 100. O acesso às informações bancárias por autoridades fiscais é possível, desde que observados os critérios de boa-fé estabelecidos no caso *Powell*: a) investigação de boa-fé; b) relevância da informação demandada para a investigação; c) observância de todos os procedimentos administrativos requeridos; d) que a informação ordenada ainda não se encontre em poder da administração tributária. Esses critérios foram criados sob espírito liberal nos tribunais americanos, sendo que os bancos respondem regularmente às intimações do IRS sem necessidade de intervenção judicial.

Na Espanha, as decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional indicam que o direito à intimidade nunca pode ser alegado como oposição ao acesso das informações bancárias pelo fisco. A legislação tributária espanhola, disciplinando os chamados deveres de colaboração, tem estabelecido uma

série de obrigações de informar, endereçadas às instituições bancárias, tanto de forma periódica quanto em virtude de requerimentos individualizados, dentre as quais as informações relativas à movimentação das contas bancárias e outras operações financeiras, que servem como elementos de investigação fiscal, em relação aos titulares das contas. Esses requerimentos devem ser efetuados com prévia autorização de um órgão de adequada hierarquia - diretor geral na administração central e delegado de fazenda precisando as operações a que se refere o sujeito afetado e o período de tempo a que corresponde.

Na Suíça, o segredo bancário opera como uma estratégia de captação. Um dos primeiros documentos legislativos disciplinando o segredo bancário data de 1713, quando *Le Granel Conseil Genevois* estipulou que os banqueiros deveriam criar um registro de seus clientes e de suas operações, sendo-lhes vedada a divulgação desses dados a qualquer outro, exceto o cliente implicado, salvo acordo expresso do *Conseil de la Ville*. A partir dessa política, a Suíça tornou-se um asilo financeiro e político para os capitais dos nobres, que procuravam abrigo seguro para suas finanças, ameaçadas pelo período revolucionário que varreu a Europa após 1789. Através do *General Federal Act on International Mutual Assistance in Criminal Matters*, qualquer país pode contar com a cooperação legal da Suíça, incluindo a produção de registros bancários. A condição imposta é a observância ao princípio da dupla incriminação, ou seja, a ofensa combatida no país de origem deve configurar um delito punível também pela lei suíça. A evasão fiscal não é considerada crime, embora fraude fiscal o seja, o que impossibilita a cooperação judicial por parte dos suíços. Esse ato é aplicável a todos os países, mesmo àqueles que não tenham assinado tratados de cooperação internacional multilateral ou bilateral com a Suíça. Na década de 90 do século XX, o governo suíço adotou uma série de medidas visando a evitar o uso abusivo do sigilo bancário, inclusive na área tributária. Em diversos casos o segredo bancário pode ser quebrado, e as autoridades suíças cooperam com outros países.

O sigilo bancário no direito inglês é tratado segundo Arnold Wald (*apud* DELGADO, 2001, p.11-12) da seguinte forma:

No direito inglês não há nenhuma norma escrita que estabelece sanção a violação do segredo bancário, mas qualquer pessoa que queria trabalhar em uma instituição financeira deve assinar um formulário especial pelo qual se compromete a manter sigilo sobre as movimentações bancárias. O dever de segredo na atuação do banco é interpretado rigorosamente pelos tribunais ingleses.

Roque (2001, p.104) descreve que na Alemanha existe a outorga para a administração de requisitar informações às instituições financeiras sobre a situação econômica, operações realizadas e saldo das contas dos contribuintes.

O mesmo autor (2001, p. 104) menciona que na Holanda a situação é semelhante. A Lei Geral de Contribuições ao Estado, de 02 de julho de 1959, dispõe expressamente que os Bancos não podem opor-se ao fornecimento de informações ao fisco.

## 6.1 SIGILO BANCÁRIO NA VISÃO DA OCDE

A OCDE (*Organization for Economic Co-operation and Development*) é uma organização internacional que reúne trinta países industrializados e desenvolvidos em nível mundial, comprometidos com o governo democrático e o mercado econômico, possuindo ativas relações com 70 outros países, organizações não governamentais e a sociedade civil. Produz instrumentos, decisões e recomendações adotadas internacionalmente para promover regras em áreas em que acordos multilaterais são necessários para que os países progridam na economia globalizada.

O fluxo de capitais decorrente da globalização, propiciado pelo avanço tecnológico da telecomunicação e da informática, apresenta crescimento exponencial no mundo. Cada vez mais, as pessoas efetuam transações financeiras nacionais e internacionais, de forma eletrônica e instantânea, com reflexos tributários, que fugiriam do alcance da administração tributária se estivessem sob manto do sigilo bancário. Muitas dessas operações são vinculadas a atividades ilícitas, tais como: tráfico de entorpecentes e de armas, contrabando, corrupção, sonegação, terrorismo, lavagem de dinheiro, dentre outros.

Nesse novo contexto mundial, os relatórios da OCDE *Improving Access to Bank Information for Tax Purposes*, de 24 de março de 2000, e de 10 de julho de 2007, são enfáticos em melhorar o acesso às informações bancárias por parte das administrações tributárias dos países, a fim de dar efetividade as suas missões de realizar a arrecadação tributária qualificada e de promover efetivo intercâmbio de informações fiscais com os países.

A OCDE estima que as limitações às informações bancárias para fins tributários causarão:

- a) comprometimento da administração tributária ao determinar e cobrar impostos;
- b) promoção de desigualdades entre os contribuintes que têm acesso aos recursos tecnológicos que facilitam o desrespeito à legislação tributária, e aqueles que não têm;
- c) desigualdade de tratamento entre o capital mobiliário e os rendimentos derivados do trabalho ou da propriedade imóvel;

- d) desestímulo ao cumprimento voluntário das obrigações tributárias;
- e) aumento dos custos da administração tributária e a conseqüente elevação das obrigações por parte dos contribuintes;
- f) distorção dos fluxos internacionais de capitais;
- g) injusta competição fiscal;
- h) bloqueio da cooperação internacional entre as administrações tributárias.

A orientação da OCDE não significa a de quebra indiscriminada do sigilo bancário, pois este exerce um papel legítimo na confidencialidade de dados financeiros de pessoas físicas e jurídicas. O acesso e a utilização dos dados bancários pelas autoridades fiscais devem obedecer a critérios rígidos de forma a não comprometer a segurança das relações do sistema financeiro.

Chinen (2005, p.179) conclui que com base nos questionários respondidos pelos próprios países-membros da OCDE, o acesso às informações bancárias pela Administração Tributária podem ser resumidos da seguinte forma:

- a) permitem acesso ilimitado: Austrália, República Tcheca, Dinamarca, Finlândia, França, Itália, Noruega, Nova-Zelândia, Espanha, Turquia e República Eslovaca;
- b) permitem acesso ilimitado, desde que relativo à pessoa determinada: Canadá, Grécia, Islândia, México, Polônia, Suécia e Estados Unidos;
- c) permitem acesso desde que a pessoa envolvida seja suspeita de fraude fiscal: Bélgica, Alemanha, Hungria, Irlanda, Japão, Coréia, Holanda e Reino Unido.

Dos componentes atuais da OCDE, apenas Áustria, Suíça e Luxemburgo não seguem as suas orientações de viabilizar o acesso aos dados bancários pela administração tributária.

Diante dos exemplos desses países, constata-se uma forte tendência dos ordenamentos jurídicos estrangeiros no sentido de entender inoponível o sigilo bancário às autoridades tributárias.



## 7 O SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL E O DEVER DE PAGAR TRIBUTOS

A Constituição Federal no seu art. 3º apresenta princípios e diretrizes fundamentais para o processo de interpretação sistemática de outras normas constitucionais:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Os princípios contidos no art. 3º são essenciais no contexto da interpretação constitucional quando se aplica o chamado princípio da concordância prática ou harmonização, cujo campo de aplicação tem sido justamente o de colisão entre direitos fundamentais. Canotilho (2002, p. 1211) esclarece que a idéia subjacente ao princípio de interpretação constitucional da concordância prática é o igual valor dos bens constitucionais e não uma diferença de hierarquia, impondo a harmonização dos mandamentos colidentes através de limitações e condicionamentos recíprocos.

A Constituição, no inciso I do art. 3º, destaca como objetivo fundamental construir uma sociedade livre, justa e solidária. O Estado brasileiro para cumprir as finalidades estabelecidas democraticamente na Constituição depende precipuamente de recursos advindos da arrecadação de tributos.

A Constituição estabelece vários princípios correlacionados à ordem econômica e financeira do país (art. 170): propriedade privada (inciso I); livre concorrência (inciso IV); livre exercício de qualquer atividade econômica (parágrafo único).

Ademais, no art. 5º garantem-se a liberdade de exercício profissional (inciso XIII) e o direito de propriedade (inciso XXII). No art. 174 atribui-se ao Estado a função de “agente normativo e regulador da atividade econômica”, o que denota seu papel secundário e restrito na exploração de atividades econômicas próprias (art. 173). Essas características indicam que o financiamento do Estado brasileiro não tem por base as receitas decorrentes de seu próprio patrimônio (originárias), mas sim, das receitas derivadas, especificamente as tributárias.

Observa-se que além da existência de um capítulo específico no art. 5º da Constituição Federal tratando dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, há outras disposições ao longo do texto constitucional que estabelecem deveres do cidadão e da sociedade.

Por outro lado, as atribuições constitucionais ao Estado que implicam em dispêndios financeiros são muitas, citando-se como importante exemplo o art. 6º da Constituição Federal:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Esse artigo encontra-se no mesmo Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), que abriga igualmente os direitos e deveres individuais e coletivos. Donde se pode concluir que os direitos sociais são tão fundamentais quanto os direitos individuais.

Visando prestigiar a importância crescente da administração tributária, incluiu-se um novo inciso no art. 37 da Constituição Federal, através da Emenda Constitucional 42, de 19 de dezembro 2003, destacando de maneira explícita a sua importância:

Art. 37. [...] XXII as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio.

Evidencia-se a necessidade de vultosos recursos financeiros do Estado para garantir os direitos fundamentais e a efetivação dos direitos sociais. A realidade impõe a necessidade de recursos ao Estado para executar às diversas atribuições, sendo um requisito lógico a proteção constitucional da arrecadação tributária. De outra forma, não haveria como exigir do Estado o cumprimento de suas atribuições sem a respectiva fonte de financiamento baseada fundamentalmente em receitas derivadas.

A Constituição projeta uma arrecadação eficiente, baseada no princípio da capacidade contributiva, sem que se excluam grupos ou setores da sociedade pela simples impossibilidade de verificação eficiente de suas condições econômicas, respeitando o direito fundamental da igualdade, previsto no *caput* do art. 5º e reforçado “com muitas outras normas sobre a igualdade ou buscando a igualização

dos desiguais pela outorga de direitos sociais substanciais” (SILVA, 1997, p. 2067), podendo ser citados: arts. 3º, III e IV; 5º, I; 7º, XXX e XXXI; 145, §1º; 150, II; 170;193; 196; 205; da Constituição Federal.

## 7.1 PRINCÍPIO DA ISONOMIA TRIBUTÁRIA

O princípio da igualdade é direito fundamental garantido na Constituição, no seu art. 5º *caput* e inciso I e art. 19, inciso III.

No plano tributário, o princípio da igualdade encontra seus reflexos no princípio da capacidade contributiva prevista no §1º do art. 145 e no dispositivo do inciso II do art. 150, que veda o tratamento desigual de contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida.

Baleeiro (2001, p. 521) observa que a igualdade, a capacidade contributiva, a personalidade e a vedação do confisco não são mais princípios implícitos na Constituição de 1988, mas expressos e integrantes dos direitos e garantias fundamentais do cidadão contribuinte.

Carraza (2001, p. 76) ressalta que o princípio da igualdade possui duplo objetivo, possuindo os aspectos negativos e positivos: a) não discriminação dos contribuintes que se encontrem em situação jurídica equivalente; b) discriminação, na medida de suas desigualdades, dos contribuintes que não se encontrem em situação jurídica equivalente.

Derzi e Coelho (1982, p. 61), analisando o aspecto positivo do princípio da igualdade, manifestaram-se que o tributo deve ser quantificado segundo a capacidade contributiva de cada um, que é diversificada e sustenta a existência de dois marcos limitadores obrigatórios, os quais constroem o legislador a considerar as disparidades advindas dos fatos: o primeiro delimita onde se inicia a capacidade contributiva, sempre a partir da renda mínima indispensável à subsistência; o segundo circunscreve a esfera da capacidade contributiva, delimitando o ponto máximo além do qual o tributo torna-se confiscatório. A norma tributária que exceder os marcos referidos é inconstitucional, exatamente por ignorar desigualdades.

## 7.2 PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

O princípio da capacidade contributiva acha-se expresso no art. 145, §1º da Constituição, constituindo-se no cerne do Estado de Direito na dimensão tributária:

Art. 145. [...]

§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.

Esse princípio orienta que o imposto deve ser configurado de forma que seja cobrado de acordo com a capacidade contributiva do contribuinte. Deve-se levar em conta o “grau de riqueza e as condições pessoais de cada um” (FERREIRA FILHO, 1999, p.99), pois capacidade contributiva nada mais é do que “a possibilidade econômica de pagar tributos (*ability to pay*)” (COELHO, 1995, p.90).

Aliomar Baleeiro (2005, p.272) ensina em suas lições introdutórias a ciência das finanças:

Quer do ponto de vista objetivo, para conhecimento da base possível do imposto, quer do ponto de vista valorativo, ou axiológico, para fundamento racional da justiça do tributo, é fundamental fixar-se a noção da capacidade contributiva.

A capacidade contributiva do indivíduo significa sua idoneidade econômica para suportar, sem sacrifício do indispensável à vida compatível com a dignidade humana, uma fração qualquer do custo total de serviços públicos. Não podendo medi-la em todos os casos, nem contando com a inteira sinceridade do contribuinte, o legislador estabelece, através do fato gerador de cada imposto, um sistema de indícios e presunções dessa capacidade fiscal. A propriedade de imóveis ou de riquezas mobiliárias, como ações de sociedades anônimas, títulos públicos etc., o recebimento de herança, a aquisição de bens, a percepção de rendas, a celebração de atos jurídicos, a despesa, sobretudo a que não se refere ao essencial à existência, são elementos indiciários da capacidade contributiva.

Nobre Junior (2001, p.33), conceitua a capacidade econômica como:

a aptidão dos indivíduos para obter riquezas, exteriorizada sob a forma de renda, consumo ou patrimônio. Enquanto que a capacidade contributiva se refere à capacidade dos indivíduos de arcar com o ônus de pagar tributos, trata-se de uma capacidade econômica específica, limitada à seara tributária, qualificada por um dever de solidariedade onde predomina o interesse coletivo. Então, um sujeito pode ter capacidade econômica possuindo renda ou patrimônio, mas pode não ter capacidade contributiva, se esta renda ou patrimônio permitir somente um mínimo para a sua sobrevivência.

Aliomar Baleeiro (1993, p. 259) analisando a motivação da posituação do princípio da capacidade contributiva dispôs da seguinte forma:

Além de razões inspiradas na solidariedade social, outras de caráter prático e lógico condenariam impostos sobre criaturas de reduzida capacidade contributiva. Segundo a concepção atual do Estado, este deve assistência a todos os necessitados por efeito de suas condições físicas (idade, saúde, incapacidade de trabalho, fase escolar etc.) ou econômicas (pauperismo, desemprego etc.). Seria redondamente insensato, antieconômico e trabalhoso retirar, pelo imposto, recursos daqueles aos quais o Estado terá de socorrer pelos canais da despesa.

Assim, o Estado que busca a realização da igualdade material não pode prescindir desse importante princípio para a consecução de seus objetivos. O § 1º do art. 145 da Constituição Federal atribuiu relevante papel para a administração tributária. Não é suficiente que a lei, ao instituir um imposto, lhe dê todos os contornos que respeitem a capacidade contributiva. É necessário que seja verificado se o contribuinte está realmente pagando o imposto de acordo com essa capacidade. E essa é uma das principais tarefas da fiscalização tributária, que ganhou autorização constitucional para, nos termos da lei, identificar o patrimônio, os rendimentos e a capacidade econômica do contribuinte.

Para conferir efetividade a esses objetivos, o constituinte outorgou um verdadeiro poder dever à administração tributária. E, como consequência, foi editada a Lei Complementar 105/01, que criou instrumentos de identificação do patrimônio, rendimentos e atividades econômicas do contribuinte.

Os defensores do sigilo bancário, com freqüência, pretendem enfraquecer o dispositivo contido no art. 145 da Constituição Federal com a alegação de que “o constituinte teria feito questão de ressaltar o respeito aos direitos individuais” (MARTINS; REALE, 2002, p.17).

A discussão da quebra administrativa do sigilo bancário implica confrontar a real dimensão da colisão entre direitos fundamentais do contribuinte e a tutela de um bem constitucionalmente protegido, fundamental para a existência e funcionamento do Estado Fiscal, que é a arrecadação tributária.

### **7.2.1 Conteúdo do princípio da capacidade contributiva**

A doutrina diferencia a capacidade contributiva em objetiva e subjetiva. A objetiva diz-se quando a hipótese de incidência dos tributos se refere não às

condições econômicas reais de cada contribuinte, mas as suas manifestações objetivas de riqueza, tais como: ser proprietário de imóvel, de automóvel, etc.

Lemke (1998, p. 39), se considerar relevante apenas o aspecto objetivo da capacidade contributiva, estar-se-ia restringindo demais o âmbito de incidência do princípio, pois a capacidade de contribuir de um indivíduo não pode ser deduzida simplesmente por constar da hipótese de incidência fato-signo presuntivo de riqueza, já que, pode manifestar somente capacidade econômica. Em suma, não basta que a hipótese de incidência descreva um fato econômico, mas é necessário também que a tributação seja graduada de acordo com o nível de riqueza dos contribuintes.

Regina Helena Costa (2003, p.27) esclarece a distinção dos conceitos:

Fala-se em capacidade contributiva absoluta ou objetiva quando se está diante de um fato que se constitua numa manifestação de riqueza; refere-se o termo, nessa acepção, à atividade de eleição, pelo legislador, de eventos que demonstrem aptidão para concorrer às despesas públicas. Tais eventos, assim escolhidos, apontam para a existência de um sujeito passivo potencial.

Diversamente, a capacidade contributiva relativa ou subjetiva reporta-se a um sujeito individualmente considerado. Expressa aquela aptidão de contribuir na medida das possibilidades econômicas de determinada pessoa. Nesse plano, presente a capacidade contributiva *in concreto*, aquele potencial sujeito passivo torna-se efetivo – apto, pois, a absorver o impacto tributário.

Chinen (2005, p.134), conjugando os dois aspectos da capacidade contributiva, conclui que a observância do princípio somente pode ser garantida em sua totalidade mediante a atuação dos três poderes; o Legislativo, com a criação de tributos, levando em conta tanto o caráter objetivo (a partir de fatos presuntivos de riqueza), como o subjetivo (considerando o nível de riqueza dos contribuintes); o Judiciário, declarando inconstitucional a lei que viole o princípio em pauta; e o Executivo preservando o cunho subjetivo do princípio, ou seja, verificando em cada caso a concreta e real aptidão econômica dos contribuintes.

### **7.2.2 Capacidade contributiva e administração tributária**

Quanto à atuação da administração tributária nessa seara, registre-se o parecer de Sacha Calmon Navarro Coelho (2001, p. 90-91):

ao dar poderes ao fisco para investigar as pessoas e seus negócios, a Constituição optou pela verdade real, por isso que o princípio da capacidade contributiva rejeita as técnicas de presunção, em razão mesmo de sua essência, fulcrada nas idéias de justiça e verdade.

O ato da administração tributária exigir do sujeito passivo o tributo já instituído na justa medida de sua capacidade contributiva, implica a materialização social desse princípio. Nesse sentido, sua eficácia no plano jurídico é condição de sua efetividade, ou seja, a eficácia no plano social.

José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p.1208) designa o "princípio da máxima efetividade", como princípio hermenêutico, conforme a seguir:

Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, embora a sua origem esteja ligada a tese da atualidade das normas programáticas, e hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

Nesta linha de pensar, manifesta-se Cristiano Mendes Wolney Valente (2006, p.165):

entendemos que o poder constituinte originário de 1988, ao alterar a redação do art. 202 da Constituição Federal de 1946, transmutando-o no atual § 1º do art. 145 da Carta Magna, fê-lo adicionando nova eficácia ao princípio para contemplar também o poder-dever da administração tributária de fiscalizar, cobrar e executar o contribuinte que não tenha cumprido com sua obrigação tributária. Esse poder-dever, que outrora se encontrava implícito na medida em que correspondia a meio imprescindível para a realização do fim (justa distribuição da carga tributária), agora assume explicitamente status constitucional como eficácia (jurídica) mesmo do princípio, na medida em que representa condição de sua efetividade (eficácia social). Neste ponto, convém observar que o constituinte originário faz uso da palavra "efetividade" e não "eficácia", uso este que ao nosso ver não é sem propósito, fazendo da fiscalização e cobrança verdadeiras eficácias do princípio examinado, sendo esta a interpretação que melhor se coaduna com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. Assim, o princípio da capacidade contributiva implica o poder-dever da administração tributária de fiscalizar, cobrar e executar tributos.

Ângela Maria da Motta Pacheco (1989, p.318) se manifesta da seguinte forma:

a faculdade da administração tributária está vinculada ao fim estabelecido na norma - conferir efetividade ao caráter pessoal e a graduação do imposto - para tanto esta identificará o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, tarefas que realizará com seu poder discricionário.

A partir do exame da matéria, conclui-se que administração tributária tem o poder de identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do

contribuinte para exercer com eficiência a sua missão de arrecadação, a fim de prover o Estado de recursos para garantir o bem-estar social. Observa-se que na consecução dessa missão devem ser respeitados os direitos individuais e a lei disciplinadora da matéria.



## 8 SIGILO BANCÁRIO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

### 8.1 INTRODUÇÃO

Pretende-se apresentar a evolução do sigilo bancário perante a administração tributária federal brasileira, desde a Lei nº 4.595 de 31 de dezembro de 1964, que foi o primeiro diploma legal a disciplinar o sigilo bancário até o último regramento trazido pela Lei Complementar nº105 de 10 de janeiro de 2001.

Até a edição da Lei nº 4.595 de 31 de dezembro de 1964, o sigilo bancário decorria de uma regra geral de sigilo mercantil disposta no Código Comercial de 1850, que vedava o acesso de qualquer autoridade aos livros contábeis do comerciante, entre eles, aos do banqueiro.

### 8.2 LEI Nº 4.595 DE 31 DE DEZEMBRO DE 1964

A lei nº 4.595/64 disciplinou, de forma ampla, o sistema bancário do Brasil e introduziu o sigilo bancário atribuindo responsabilidade às instituições financeiras pela sua guarda, constituindo a sua violação em crime. Entretanto, havia previsão de exceções a esse dever, sendo uma delas em favor das autoridades fiscais, retratado no § 5º do art. 38 da citada Lei:

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 revestindo 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 a mesma.

§ 2º O Banco Central da Republica 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 1.579, de 18.03.1952), obtendo as informações que necessitarem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central da República do Brasil.

§ 4º Os pedidos de informações a que se refere 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 a prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras as 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 a 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. (Artigo revogado pela Lei Complementar 105, de 10.01.2001) (Vide Lei 6.385, de 1976).

Divergências de interpretação do § 5º do artigo em referência surgiram. Parte da doutrina e da jurisprudência interpretou que o "processo" se referia apenas ao judicial, não se estendendo ao administrativo.

Mosquera (1998, p. 86) manifesta-se a favor da inclusão do processo administrativo, comentando que, caso vingasse a interpretação restritiva, os §§ 5º e 6º seriam inócuos e redundantes, pois, se o fisco só pudesse quebrar o sigilo do contribuinte através do Poder Judiciário, para o qual não há sigilo, não haveria razão para a existência daqueles parágrafos.

Saraiva Filho (1995, p. 95) argumenta que o legislador, em outras oportunidades, se reportou ao "processo administrativo" usando somente a palavra "processo", como é o caso dos arts. 201 e 210 do Código Tributário Nacional, e do art. 5º, inciso LVI da Constituição Federal, que dispõe que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Mas a interpretação favorável ao acesso do sigilo bancário pelos agentes fiscais tributários mediante processo administrativo foi rejeitada pelas instituições bancárias, que sustentaram a tese oposta, bem resumida por Hagstrom (1990, p. 41), nos seguintes termos:

- a) a norma determina, como regra, a manutenção do segredo; estabelece, no entanto, exceções e tipifica uma conduta criminosa; deve, pois, por tudo isso, ser interpretada de modo estrito;
- b) tais normas não podem ser interpretadas isoladamente, devendo ser tomadas em seu conjunto;
- c) o rigor da punição estabelecida para o crime - quebra do sigilo - e a explicitação das exceções não permitem interpretações "*liberalizantes*".

### 8.3 LEI 5.172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966 (CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL - CTN)

A publicação do Código Tributário Nacional trouxe a discussão, novamente, à tese da possibilidade de acesso aos documentos bancários pelo fisco, especificamente em relação à compatibilidade dos artigos 195 e 197 do Código Tributário Nacional com as disposições do art. 38 da Lei nº 4.595/64. Dispõe os arts. 195 e 197 do Código Tributário Nacional:

Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não tem aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papeis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los.

Parágrafo único. Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados sendo conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram.

[...]

Art. 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar a 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.

A edição do Código Tributário Nacional, especialmente os seus arts. 195 e 197, não auferiram êxito em dissipar a polêmica em torno da possibilidade da quebra do sigilo pela administração fazendária, pois surgiu a tese do sigilo profissional dos banqueiros que se encontram legalmente obrigados a guardar segredo por razões profissionais, o que torna inconciliáveis as disposições de prestação de informações bancárias às autoridades administrativas.

Em oposição à tese anterior, o mestre Aliomar Baleeiro (1992, p.993) comenta o art. 197 do Código Tributário Nacional, da seguinte forma:

O parágrafo único do art. 197 naturalmente está endereçado à proteção do segredo profissional em relação às 'quaisquer entidades ou pessoas' de

todas as atividades e profissões, a que se refere o inciso VII desse mesmo dispositivo. Não se conceberia que o advogado e o padre, p. ex., fossem compelidos a devassar confidências recebidas em função de sua atividade, quando outras leis os garantem em função dessa atividade, contra delações a que os obrigarem, e até os punem se as fizerem (CP, art. 154). Não é, porém, o caso dos banqueiros, p. ex., que não estão adstritos às mesmas regras éticas e jurídicas do sigilo. Em princípio só devem aceitar e ser procurados para negócios lícitos e confessáveis. Diversa é a situação do advogado, do médico e do padre, cujo dever profissional lhes não tranca os ouvidos a todos os desvios de procedimento ético ou jurídico, as vezes conhecidos somente da consciência dos confidentes.

Porém, a polêmica continua, pois segundo Lima (2000, p.153), para aqueles que entendem que a Lei 4.595/64 autorizava o levantamento dos dados bancários pelos agentes fiscais somente mediante processo judicial instaurado, há um conflito evidente entre essa interpretação e o espírito introduzido pelo Código Tributário Nacional, favorável ao fisco nessa questão.

#### 8.4 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Na seqüência cronológica, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, que dispôs, dentre outros, sobre os direitos e garantias fundamentais no seu artigo 5º:

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;

[...]

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;

Muitos doutrinadores passaram a entender que o sigilo bancário possui natureza constitucional, estando compreendidos nos direitos à intimidade ou à vida privada, ou, também, para alguns, no direito ao "sigilo de dados".

Cabe observar que a Constituição Federal de 1988, no seu art. 192 passou a exigir lei complementar para regular o sistema financeiro nacional, *in verbis*:

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre:

Decorrente desse dispositivo constitucional, existe o entendimento de que a Lei nº 4.595/64 foi recepcionada como lei complementar, tendo o mesmo acontecido com o Código Tributário Nacional em função do disposto no art. 146 da Constituição Federal combinado com § 5º do art. 34; Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Em consonância com esse entendimento, Jose Afonso da Silva (1998, p. 790) se manifestou da seguinte forma:

O sistema financeiro nacional será regulado em lei complementar. Fica valendo, como tal, pelo princípio da recepção, a Lei 4.595/64, que precisamente instituiu o sistema financeiro nacional. Não é, portanto, a Constituição que o está instituindo. Ela está constitucionalizando alguns princípios do sistema. Aquela lei vale, por conseguinte, como se lei complementar fosse. Sua alteração, contudo, depende de lei complementar, ou seja, de lei formada nos termos do art. 69.

## 8.5 LEI Nº 8.021, DE 12 DE ABRIL DE 1990

Por tratar do assunto relacionado ao sigilo bancário, o art. 8º da Lei nº 8.021, de 12 de abril de 1990, a seguir transcrito, sofreu crítica imediata:

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 na 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Parágrafo único. As informações, que obedecerão as normas regulamentares expedidas pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, deverão ser prestadas no prazo máximo de dez dias úteis contados da data da solicitação, aplicando-se, no caso de descumprimento desse prazo, a penalidade prevista no § 12 do art. 72.

A publicação dessa lei introduziu novo questionamento, dessa vez de ordem formal. Ao derogar o art. 38 da Lei nº 4.595/64, substituindo as exigências de existência de processo instaurado e indispensabilidade das informações bancárias pelo início do procedimento fiscal, conferindo, dessa forma, competência para a autoridade fiscal buscar os dados financeiros diretamente nos bancos, o legislador incorreu em vício formal. Wald (1998, p. 27-28) aduz que não pode a primeira regra derogar a segunda, pois é lei ordinária, de hierarquia inferior à lei complementar.

Para Maria Thereza Moura, a Lei nº 8.021/90 não poderia jamais afastar a aplicação da Lei nº 4.595/64 por tratar-se esta de lei complementar. A interpretação da nova norma deveria, portanto, adequar-se aquela de maior hierarquia, entendendo-se a expressão "solicitar" como de atendimento facultativo pelas instituições financeiras (MOURA *apud* SALOMÃO, 2001, p.168).

Em sentido oposto, Cristiano Mendes Wolney Valente (2006, p.121) se manifesta:

Onde há sigilo não pode haver facultatividade de alguém que não seja o titular do direito a intimidade. Se a informação é considerada sigilosa o banco é, a princípio, obrigado a conservar o sigilo, salvo a existência de relevante interesse público ou autorização do respectivo titular do direito à vida privada para a revelação do segredo. Também resta a questão de saber se e em que medida o sigilo bancário em si é matéria de trato reservado à lei complementar pela nova Constituição, visto que a matéria explicitamente por ela reservada é a regulação do sistema financeiro e a organização, funcionamento e atribuições das instituições financeiras e não a prestação de informações pelas instituições financeiras à administração tributária, muito menos a regulação das relações jurídicas (das quais o sigilo bancário é espécie) entre os Bancos e seus clientes. Tudo indica que a matéria reservada à legislação complementar é aquela de conteúdo político-organizacional de estrutura e funcionamento das instituições e distribuição de competências, nada tendo que ver com o sigilo. Outrossim, o art. 194 do CTN, que tem hierarquia de lei complementar podendo suprir o disposto no art. 192 da CF/88, dá amparo à existência de lei ordinária para regular em caráter geral ou específico a competência e os poderes das autoridades administrativas em matéria de fiscalização tributária, o que inclui, indubitavelmente, a transferência de informações bancárias sigilosas.

## 8.6 LEI COMPLEMENTAR Nº 70, DE 30 DE DEZEMBRO DE 1991

A Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, instituiu a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS), e ainda trouxe em seu art. 12, disposições sobre fornecimento de informações cadastrais à Receita Federal pelas instituições financeiras, nos seguintes termos:

Art. 12. Sem prejuízo do disposto na legislação em vigor, as instituições financeiras, as sociedades corretoras e distribuidoras de títulos e valores mobiliários, as sociedades de investimento e as de arrendamento mercantil, os agentes do Sistema Financeiro da Habitação, as bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e instituições assemelhadas e seus associados, e as empresas administradoras de cartões de crédito fornecerão à Receita Federal, nos termos estabelecidos pelo Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento, informações cadastrais sobre os usuários dos respectivos serviços, relativas ao nome, a filiação, ao endereço e ao número de inscrição do cliente no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro

Geral de Contribuintes (CGC).

§ 1º As informações recebidas nos termos deste artigo aplica-se o disposto no § 7º do art. 38 da Lei 4.595, de 31.12.1964.

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

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

A lei em referência se limita ao fornecimento de informações cadastrais dos clientes dos estabelecimentos financeiros e instituições assemelhadas, não abrangendo demais informações, tais como, extratos de contas correntes, depósitos, poupanças, aplicações financeiras, compra com cartão de crédito. Essa lei suscitou a discussão se o sigilo bancário abrange ou não os dados cadastrais.

Wald (1992, p.34) entende que os dados cadastrais estão protegidos pelo sigilo bancário, e se manifesta nos seguintes termos: "o sigilo bancário, assegurado pelos incs. X e XII do art. 5º da Constituição Federal, inclui toda a relação entre o banqueiro e o cliente, abrangendo, pois, os dados cadastrais e a informação sobre a abertura ou a existência de conta". A Lei Complementar 70/91 não é auto-executável, pois se limitou a determinar que as pessoas jurídicas por ela referidas fornecessem informações, sem esclarecer quando ou como, ou em que casos específicos são exigíveis; há necessidade, portanto, de regulamentação da matéria, o que veio a ocorrer com a Portaria Ministerial nº 144, de 25.03.1992. Ao analisar essa portaria, o autor aponta os seguintes vícios: a) é inconstitucional por regulamentar lei inconstitucional (Lei Complementar 70/91, art.12); b) é inconstitucional, pois importa regulamentação de lei complementar, o que só poderia ser feito por lei ou, no máximo, por decreto do Poder Executivo (Constituição Federal, art. 84, IV); c) é ilegal por criar deveres para terceiros não funcionários, quando a portaria não tem essa função, limitando-se a dar instruções aos funcionários ou a designá-los para ocuparem determinadas funções ou cargos; d) é ilegal por violar a lei dentro dos limites em que não estabeleceu, como devia fazê-lo, às condições excepcionais que justificariam a requisição e o fornecimento das informações as quais alude a lei e que a mesma deixou para serem regulamentadas pelo Ministro do Estado, embora coubesse à própria lei fazê-lo sob pena de inconstitucionalidade.

Outros autores discordam. Saraiva Filho (1995, p. 95) entende que as informações cadastrais são meros dados pessoais que identificam o sujeito em suas

relações sociais e comerciais, não sendo, portanto, acobertadas pelo sigilo bancário. Ferraz Junior (1992, p.150-151) elucida que os dados cadastrais constituem uma condição para a identificação do indivíduo para efeito dos intercâmbios sociais, que ocorrem inclusive na vida privada; destacados desses intercâmbios, esses dados deixam de ser protegidos pela privacidade. Afirma ainda que o aludido art. 12 se refere à fiscalização continuada, no exercício do dever de vigilância das autoridades fiscais, em que se visa, através do cruzamento dos dados cadastrais, a buscar pistas que conduzam a eventuais fraudes, ou seja, não se pretende atingir o uso do serviço bancário nem as relações de convivência próprias da vida privada, mas a identidade tributária do usuário - Cadastro da Pessoa Física (CPF), Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) e respectivo portador -; é esse dado, e somente esse dado, que, não estando protegido pela privacidade, pode ser exigido nos termos do mencionado art. 12, sem a necessidade de processo instaurado.

#### 8.7 LEI COMPLEMENTAR Nº 105, DE 10 DE JANEIRO DE 2001 E DECRETO Nº 3.724, DE 10 DE JANEIRO DE 2001

O governo, visando corrigir os pontos controversos das legislações anteriores sobre sigilo bancário e fortalecer a fiscalização tributária, conseguiu aprovar a Lei Complementar nº 105, em 10 de janeiro de 2001 e, regulamentando o seu art. 6º, publicou o Decreto nº 3.724, de 10 de Janeiro de 2001.

A seguir os principais artigos da Lei Complementar de interesse no presente estudo: 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, os arts. 10 e 11, que dispõem sobre as penalidades cominadas àqueles que violem o sigilo bancário, e o art. 13, que revoga expressamente o art. 38 da Lei nº 4.595/64.

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;
- 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, obedecendo as normas aplicáveis as 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 9.311, de 24.10.1996;

IV- a comunicação, as 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 arts. 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9º 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.

[...]

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

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem omitir, retardar injustificadamente ou prestar falsamente as informações requeridas nos termos desta Lei Complementar.

Art. 11. O servidor público que utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida em decorrência da quebra de sigilo de que trata esta Lei Complementar responde pessoal e diretamente pelos danos decorrentes, sem prejuízo da responsabilidade objetiva da entidade pública, quando comprovado que o servidor agiu de acordo com orientação oficial.

[...]

Art. 13. Revoga-se o art. 38 da Lei 4.595, de 31.12.1964.

O art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, foi regulamentado pelo Decreto 3.724, de 10 de janeiro de 2001, que traz em seu art. 3º as situações consideradas indispensáveis ao exame dos documentos bancários, nos seguintes termos:

Art. 3º Os exames referidos no *caput* do artigo anterior somente sendo consideradas indispensáveis nas seguintes hipóteses:

I- subavaliação de valores de operação, inclusive de comércio exterior, de aquisição ou alienação de bens ou direitos, tendo por base os correspondentes valores de mercado;

II- obtenção de empréstimos de pessoas jurídicas não financeiras ou de pessoas físicas, quando o sujeito passivo deixar de comprovar o efetivo recebimento dos recursos;

III- prática de qualquer operação com pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada em país enquadrado nas condições estabelecidas no art. 24 da Lei 9.430, de 27.12.1996;

IV- omissão de rendimentos ou ganhos líquidos, decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa ou variável;

V- realização de gastos ou investimentos em valor superior à renda disponível;

VI- remessa, a qualquer título, para o exterior, por intermédio de conta de não residente, de valores incompatíveis com as disponibilidades declaradas;

VII - previstas no art. 33 da Lei 9.430/96.

VIII- pessoa jurídica enquadrada, no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), nas seguintes situações cadastrais:

cancelada;

inapta, nos casos previstos no art. 81 da Lei 9.430/96.

IX- pessoa física sem inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou com inscrição cancelada;

X- negativa, pelo titular de direito da conta, da titularidade de fato ou da responsabilidade pela movimentação financeira;

XI- presença de indício de que o titular de direito e interposta pessoa do titular de fato.

§ 1º Não se aplica o disposto nos incs. I a VI, quando as diferenças apuradas não excedam a dez por cento dos valores de mercado ou declarados, conforme o caso.

§ 2º Considera-se indício de interposição de pessoa, para os fins do inc. XI deste artigo, quando:

I- as informações disponíveis, relativas ao sujeito passivo, indicarem movimentação financeira superior a dez vezes a renda disponível declarada ou, na ausência de Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda, o montante anual da movimentação for superior ao estabelecido no inc. II do § 3º do art. 42 da Lei 9.430/96;

II- a ficha cadastral do sujeito passivo, na instituição financeira, ou equiparada, contenha:

informações falsas quanto a endereço, rendimentos ou patrimônio; ou

rendimento inferior a dez por cento do montante anual da movimentação.

O *caput* do art. 1º da Lei Complementar nº 105/01 trata da conservação do sigilo das instituições financeiras, com a mesma redação do revogado art. 38 da Lei 4.595/64. O § 1º elenca as diversas formas da pessoa jurídica se enquadrar como instituição financeira, prevendo inclusive outras possibilidades a critério do Conselho Monetário Nacional. O § 3º disciplina de modo mais abrangente as hipóteses legais de exceção ao sigilo, acrescentando àquelas previstas na lei anterior, diversas outras, enumeradas nos incisos I a VI. O inciso III do § 3º prevê a hipótese de utilização de dados obtidos através das informações sobre a arrecadação da CPMF pela autoridade fiscal.

Os arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/01 disciplinam a autorização para que as autoridades fiscais acessem dados financeiros, sem necessidade de intervenção judicial.

O art. 5º dispõe sobre a obrigação das instituições financeiras declararem, mediante remessa de informações periódicas, à administração tributária federal, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

As informações periódicas, que as instituições financeiras deverão remeter, restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais, mensalmente movimentados, vedado a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos

a partir deles efetuados. Observa-se que, por essa disposição legal, nenhum dado que envolva o direito à privacidade ou à intimidade das pessoas é repassado ao fisco, tendo em vista que as informações limitam-se a identificação de pessoas e aos montantes mensais de suas operações bancárias. Esses dados confrontados com os rendimentos declarados à Administração Tributária Federal, permitem verificar o correto cumprimento de obrigações tributárias dos contribuintes.

Com vistas a regulamentar o art. 5º da citada Lei Complementar, foi editado o Decreto nº 4.489, em 28 de novembro de 2002, cujo art. 7º reforça o dever de sigilo imposto à Receita Federal ao determinar que este deva resguardar o sigilo das informações recebidas, facultando sua utilização para instaurar procedimento fiscal tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições sob sua administração.

O art. 6º dispõe que as autoridades fiscais em nível federal, estadual e municipal poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, quando houver processo administrativo instaurado e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Esse dispositivo corresponde ao antigo § 5º do art. 38 da Lei 4.595/64, o qual suscitou divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da expressão "processo instaurado". A nova lei estabeleceu de forma clara que o fornecimento das informações se condiciona, primeiramente, a "existência de processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso", o que inviabiliza qualquer interpretação tendente a se exigir autorização judicial. O caráter de indispensabilidade dos exames pela autoridade administrativa, como segundo requisito, já existia na lei anterior. Outra diferença entre as duas leis é a atribuição expressa, além dos agentes fiscais federais e estaduais, também aos agentes fiscais municipais da faculdade de proceder ao exame de tais documentos bancários.

O Decreto nº 3.724, de 10 de Janeiro de 2001, tratou de regulamentar o disposto no art. 6º da Lei Complementar 105/01 para definir quem pode examinar as informações assim transferidas, quais são as autoridades competentes para requisitar as informações, quais os casos em que estas são consideradas indispensáveis, qual o momento em que se inicia o procedimento fiscal e, o mais importante, que espécie de dados compreende as informações assim requisitadas. Ainda, apresenta inúmeras restrições à Receita Federal no que se refere ao acesso às informações referentes a terceiros em poder das instituições financeiras, como

por exemplo, serem estas indispensáveis ao curso de procedimento de fiscalização já instaurado e os procedimentos que devem ser observados com vistas à manutenção do sigilo das informações.

Os arts. 9º, 10º e 11º da Lei Complementar nº 105/01 dispõem sobre as penalidades a que os servidores que derem causa à quebra de dados sigilosos estão sujeitos. Os dados recebidos das instituições financeiras, após serem utilizados nos processos administrativos fiscais, por exemplo, na constituição de créditos tributários, passam a ser dados fiscais sigilosos.

## 8.8 CONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105, DE 10 DE JANEIRO DE 2001

A Lei Complementar 105/01 tem sido alvo de severos questionamentos sobre a sua constitucionalidade.

A inconstitucionalidade dos arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/01 tem sido defendida por renomados juristas brasileiros, sendo argumentado que o sigilo bancário possui estatura de garantia constitucional, com fundamento, principalmente, no direito à intimidade, à privacidade e no sigilo de dados, previstos nos incisos X e XII do art. 5ª da Constituição Federal.

Miguel Reale e Ives Gandra da Silva Martins (2007) defendem a tese da inconstitucionalidade e assinalam que o sigilo bancário constitui expressão do direito à intimidade, exigindo-se autorização judicial para violá-lo.

Exceção às CPIs, para as quais são inerentes poderes próprios de investigação judicial por outorga constitucional, não podem outros órgãos, poderes ou entidades não autorizados pela Lei Maior, quebrar o sigilo bancário e, pois, afastar o direito à privacidade independente de autorização judicial, a pretexto de fazer prevalecer o interesse público, máxime quando não têm o dever de imparcialidade por serem PARTE na relação mantida com o particular (2007).

O jurista Celso Bastos (2000) também se manifesta no sentido da inconstitucionalidade:

O sigilo bancário é uma das fontes de proteção à intimidade e à vida privada previstas no inciso X, do artigo 5º da Constituição de 1988. Não é difícil nem ousado afirmar que o pretendido pelo Legislativo no projeto de lei tendente a abolir a necessidade de autorização judicial em razão de decurso de prazo na quebra de sigilo bancário não tem condições de ganhar foro de juridicidade.

Em estudo específico sobre sigilo bancário, Américo Masset Lacombe (2000, v. 6, p.218), antes do advento da Lei Complementar nº. 105/01, manifestou-se pela inconstitucionalidade de sua quebra pela via administrativa:

O sigilo bancário constitui um direito e garantia individual, uma espécie do conceito genérico da intimidade, amparado constitucionalmente por norma de eficácia plena e imediata (§ 1º do art. 5º da CF). Por conseguinte, nenhuma lei complementar poderá limitar o alcance desta garantia constitucional para permitir a sua quebra por determinação do Ministério Público ou de autoridade administrativa. A quebra de sigilo bancário só poderá ser feita por autorização judicial, em razão da supremacia do interesse público. É, portanto, cláusula pétrea.

O jurista Luis Roberto Barroso (2001, p.98) destaca que os direitos individuais devem ser respeitados e observados pelo Estado:

Freqüentemente denominados de liberdades públicas, são a afirmação jurídica da personalidade humana. Talhados no individualismo liberal e dirigidos à proteção de valores relativos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, contêm limitações ao poder político, traçando a esfera de proteção jurídica do indivíduo em face do Estado. Os direitos individuais impõem, em essência, deveres de abstenção aos órgãos públicos, preservando a iniciativa e a autonomia dos particulares.

Vários magistrados da nossa mais alta corte judicial têm manifestado que o sigilo bancário está sob o manto da garantia à intimidade e à vida privada, e ao sigilo dos dados, assegurados nos incisos X e XII do art. 5º da Constituição Federal, só sendo possível a sua flexibilização mediante ordem judicial.

Menciona-se o voto proferido no julgamento de Mandado de Segurança nº 21729-4 no STF pelo Ministro Marco Aurélio: "Em última análise, tenho que o sigilo bancário está sob proteção do disposto nos incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal. Entendo que somente é possível afastá-lo por ordem judicial".

O Ministro Celso de Mello (BRASIL, 2001), no voto proferido no julgamento de Mandado de Segurança nº 21729-4 no STF, esclarece a interpretação do inciso XII do art. 5º da Constituição Federal, mencionado que o sigilo bancário não é absoluto, mas a sua quebra dependente de decisão judicial:

A intervenção jurisdicional constitui fator de preservação do regime de franquias individuais e impede, pela atuação moderada do poder judiciário, que se rompa, injustificadamente, a esfera da privacidade das pessoas [...]. A inviolabilidade do sigilo de dados, tal como proclamada pela Carta Política em seu art. 5º, XII, torna essencial que as exceções derogatórias à prevalência desse postulado só possam emanar de órgãos estatais - os órgãos do Poder Judiciário - aos quais a própria Constituição Federal outorgou essa especial prerrogativa de ordem jurídica.

Argumenta-se, também, que a quebra administrativa do sigilo bancário caracteriza ato de privação de liberdade individual, a qual para ser consumada deve obedecer ao devido processo legal e assegurar o contraditório e a ampla defesa, garantias fundamentais previstas nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal.

Observa-se a existência de vasta doutrina e jurisprudência que convergem para o entendimento da inconstitucionalidade do acesso às informações protegidas pelo sigilo bancário pela autoridade tributária, já que a intimidade, a privacidade e o sigilo de dados constituem direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Por outro lado, em defesa da validade da lei hostilizada, o poder público apresenta relevantes argumentos em sentido contrário, gerando o nascimento de uma colisão de direitos fundamentais com princípios fundamentais.

A Constituição Federal confere à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios os poderes de fiscalizar e arrecadar os tributos, para que estes obtenham receitas a serem aplicadas nos investimentos necessários ao desenvolvimento do país.

O Estado, através dos seus órgãos competentes, como a Advocacia Geral da União e a Procuradoria da Fazenda Nacional, tem rebatido os argumentos da inconstitucionalidade da lei com a tese de que o sigilo bancário deve ceder diante do interesse público, pois não é direito absoluto.

## **9 CONSTITUCIONALIDADE DA TRANSFERÊNCIA DE INFORMAÇÕES SUBMETIDAS AO SIGILO BANCÁRIO PARA A ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA FEDERAL**

Encontram-se no Supremo Tribunal Federal (STF) ações diretas de inconstitucionalidade contra os arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/01, sendo as ADIns de nº 2.386, nº 2.389, nº 2.390, nº 2.397 e nº 2.406, que têm por objeto central a inconstitucionalidade da transferência de informações protegidas pelo sigilo bancário à administração tributária e à Advocacia Geral da União, sem ordem judicial. As ações, propostas pela Confederação Nacional do Comércio (ADIn 2386), pelo Partido Social Liberal (ADIns 2389 e 2390) e pela Confederação Nacional da Indústria (ADIns 2397 e 2406), aguardam julgamento.

Na análise da constitucionalidade da atribuição conferida à autoridade fazendária para acessar informações protegidas pelo sigilo bancário, serão abordados os seguintes aspectos:

- a) a reserva de jurisdição na matéria;
- b) a observância ao devido processo legal;
- c) a proporcionalidade.

### **9.1 RESERVA DE JURISDIÇÃO**

O postulado da reserva de jurisdição importa em atribuir exclusividade aos magistrados para decidir. No art. 5º da Constituição Federal estão previstas as seguintes hipóteses expressas de reserva de jurisdição: busca domiciliar (inciso XI), interceptação telefônica (inciso XII) e decretação de prisão, salvo em flagrante delito (inciso LXI). Nestes casos, a Constituição expressamente exige a concessão judicial preliminar. A reserva constitucional de jurisdição requer menção explícita, pois se caracteriza como forma excepcional de atuação judicial.

Fora das hipóteses expressas, o legislador ordinário pode disciplinar, desde que não afaste a possibilidade de apreciação posterior pelo Poder Judiciário.



Todavia, a conclusão acima não é pacífica, pois existem aqueles defensores da tese de que somente ao Poder Judiciário cabe a decisão em relação à colisão de direito individual com o coletivo. O inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal estabelece que o Poder Judiciário é competente para apreciar lesão ou ameaça a direito. Assim, o juiz poderá ser chamado para apreciar qualquer ato que implique em lesão ou ameaça de direito.

O eminente Ministro Celso de Mello (BRASIL, 2001), do STF, no Mandado de Segurança nº 23.652/DF, veio a afirmar que:

O principio constitucional da reserva de jurisdição - que incide sobre as hipóteses de busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), de interceptação telefônica e de decretação da prisão, ressalvada a situação de flagrância penal (CF, art. 5º, LXI) - não se estende ao tema da quebra de sigilo, pois, em tal matéria, e por efeito de expressa autorização dada pela própria Constituição da República (CF, art. 58, § 3º), assiste competência a Comissão Parlamentar de Inquérito, para decretar, sempre em ato necessariamente motivado, a excepcional ruptura dessa esfera de privacidade das pessoas. [...].

O STF manifesta-se sobre a reserva da jurisdição no julgamento do Mandado de Segurança 23.452/RJ (julgado em 16 de setembro de 1999), relatado pelo Ministro Celso de Mello (BRASIL, 1999):

O postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito da explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais. A cláusula constitucional da reserva de jurisdição – que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI) – traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado.

Casos de incidência da reserva de jurisdição são citados nesse julgamento como a busca e apreensão domiciliar (art. 5º, XI), a interceptação telefônica (art. 5º, XII), e a decretação de prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (art. 5º, LXI).

A reserva da jurisdição deve ser reconhecida quando a própria Constituição a considera. Nos demais casos, o que se terá sempre é a garantia da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito, previsto no inciso

XXXV do art. 5º da Constituição Federal. O primeiro caso é chamado de reserva total, enquanto os demais casos são denominados de reserva parcial.

Observa-se que a Constituição, no art. 145, §1º, foi explícita em viabilizar o acesso da administração tributária ao patrimônio, aos rendimentos e às atividades econômicas do contribuinte. A parte final do art. 145, §1º da Constituição: "[...] respeitadas os direitos individuais e nos termos da lei [...]" pretende resguardar as informações relacionadas com vida privada das pessoas, em relação à não divulgação pública e na fixação de regras para a atuação da administração fazendária visando identificar os fatos geradores das obrigações tributárias.

A decisão a seguir deixa clara a possibilidade das autoridades fazendárias obterem, sem autorização judicial, os dados do contribuinte para os fins de identificação e quantificação do encargo fiscal, porém é vedada a sua divulgação:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 5º, XII. SIGILO BANCÁRIO. LEI 4.595/64, ART. 38. LEI COMPLEMENTAR 105/2001, ART. 1º § 3º ART. 6º, § ÚNICO. PROCEDIMENTO FISCAL. DOCUMENTAÇÃO INDISPENSÁVEL A INVESTIGAÇÃO FAZENDÁRIA. SIGILO QUE CEDE PASSO PARA TAL EFEITO. RESGUARDO DOS DADOS COLIGIDOS, ART. 198 CTN. PRECEDENTES. STF. STJ. I. O sigilo da correspondência, de comunicações telegráficas, de dados e de comunicações telefônicas está previsto no art. 5º, inc. XII da Carta Política, não se extraindo, da análise do Texto, eventual reserva de jurisdição no que tange ao sigilo bancário, sequer especificamente mencionado, e previsto no art. 38 de lei 4.595, de 31/12/64. II. A questão pertinente ao sigilo bancário veio de sofrer alteração com o advento da Lei Complementar nº 105, de 10/01/2001, que "dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e da outras providências", objeto de regulamentação via do Decreto nº 3.724 da mesma data. Presentemente, tem-se que lei complementar à Constituição autoriza expressamente (§ 3º, art. 1º e art. 6º) às autoridades fazendárias o acesso aos dados do contribuinte para os fins de identificação e quantificação do encargo fiscal. III. Impõe-se, na espécie, a exegese harmônica do Texto Constitucional compatibilizando-se o exercício dos direitos consagrados no art. 5º XII com a previsão contida no § 1º, do art. 145, pertinente à identificação do patrimônio, rendimentos e atividades econômicas do contribuinte para fins de tributação. IV. A Lei Complementar 105, de 10/01/2001, não padece de inconstitucionalidade de qualquer espécie, operando, na verdade, dicção constitucional. V. Previsão na Lei Complementar de resguardo dos dados colhidos relativamente ao contribuinte (art. 198, CTN e § único do art. 6º, LC 105/2001). VI. Precedentes (STF: RE 219.780/PE, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 13.4.99; STJ: ROMS 12.131/RR, Rel. Min. José Delgado, DJ 10/9/01; HB 15.753/CE, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 20/8/01; e RESP 286.697/MT, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 11/6/2001). (TRF 3º R., AI nº 2002.03.00.009434-7/MS, Rel. Des. Fed. Salette Nascimento, 4ª T., m., DJ 11.4.03, p. 366.)

Desta forma, no aspecto da proteção da vida privada, entende-se que inexistente a reserva de jurisdição, visto que a Constituição Federal de 1988 não prevê a sua exigência no caso abordado. Também, inexistente vedação constitucional para atribuir competência a autoridade fazendária para acessar informações protegidas pelo

sigilo bancário. Não se trata de arbítrio administrativo, mas de atividade regulamentada por lei que, se considerada proporcional pelo próprio Poder Judiciário, terá sua constitucionalidade reconhecida.

## 9.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL E GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

O devido processo legal e a garantia do contraditório e da ampla defesa são Direitos Fundamentais garantidos na Constituição Federal no art. 5º, incisos LIV e LV:

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:

[...]

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

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.

A transferência de informações protegidas pelo sigilo bancário à administração tributária atende as cláusulas do devido processo legal e da garantia do contraditório e da ampla defesa, previstas no inciso LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal. No caso em que se examinam, os procedimentos estão previstos na Lei Complementar nº 105/01, bem como no Decreto nº 3.724, de 10 de Janeiro de 2001, que a regulamenta.

Destaca-se o art. 6º da Lei Complementar nº 105/01 que dispõe:

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.

Somente a partir da detecção de indícios de irregularidades tributárias e observados os critérios de relevância e interesse fiscal, é que a autoridade fazendária instaura procedimento de fiscalização, o que possibilita a requisição dos documentos financeiros, observado os requisitos previstos no art. 6º da Lei

Complementar nº 105, de 10 de Janeiro de 2001, regulamentado pelo Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001.

Em resumo, devem ser observadas as seguintes etapas para que a autoridade tributária tenha acesso, por exemplo, aos extratos bancários de determinada pessoa física ou jurídica:

- a) seleção para procedimento fiscal de contribuintes, pessoas físicas e jurídicas, que apresentam indícios de cometimento de irregularidade fiscal;
- b) instauração de procedimento de fiscalização, mediante emissão de Mandado de Procedimento Fiscal, e intimação ao contribuinte para apresentação de informações sobre movimentação financeira, desde que considerados indispensáveis para execução da auditoria;
- c) requisição das informações sobre movimentação financeira à instituição financeira, na hipótese de negativa de apresentação pelo contribuinte regularmente intimado;
- d) exame das informações e cobrança dos tributos porventura devidos, mediante lançamento de ofício.

É importante destacar que a utilização das informações sobre movimentação financeira pela administração tributária fica adstrita ao procedimento de fiscalização e está sujeita à observância das regras de sigilo fiscal, previstas no art. 198 do Código Tributário Nacional, estando o servidor sujeito às sanções administrativas, civis e penais, caso utilize ou viabilize a utilização das informações em finalidade diversa, bem como divulgue ou facilite a divulgação das mesmas.

Em relação à exigência do contraditório e ampla defesa como corolário do devido processo legal, a quebra de sigilo bancário não implica em exigência tributária automática sem direito de impugnação, nem condenação criminal sem defesa.

O processo administrativo fiscal é regulado pelo Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, exigindo ato inicial de ofício praticado por servidor competente, cientificando o sujeito passivo da obrigação tributária e outorgando ao contribuinte o direito de impugnar, administrativamente, a exigência tributária. Oferecida a impugnação, instaura-se a fase litigiosa do processo administrativo fiscal e o crédito tributário tem sua exigibilidade suspensa. Em caso de decisão desfavorável, o contribuinte pode recorrer para órgão de segunda instância administrativa.

Quanto à competência do lançamento tributário, o Código Tributário Nacional define que é privativo da autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido, o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo.

O processo administrativo geral no âmbito da Administração Pública Federal direta e indireta é regulado pela Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que incorpora os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Estabelece, também, dentre outras normas, que tratam de: direitos e deveres dos administrados (art. 3º e 4º), forma, tempo e lugar dos atos processuais (art. 22 a 25), instrução (art. 29 a 44), dever de decidir (art. 48 e 49), motivação (art. 50), anulação, revogação e convalidação (art. 53 a 55), recursos administrativos (art. 56 a 65), prazos (art. 66 e 67), sanções (art. 68).

Observa-se que todos os atos praticados pela administração poderão ser questionados no âmbito administrativo e, ainda, em consonância com o princípio do devido processo legal, poderão ser contrastados judicialmente.

### 9.3 PROPORCIONALIDADE

Na busca humana pelo ideal de justiça, surgiram várias construções doutrinárias, cabendo destaque ao princípio da proporcionalidade, que vem sendo utilizado com frequência na doutrina e na jurisprudência brasileira.

Será analisada se as disposições da Lei Complementar nº 105/2001 estão em consonância com princípio da proporcionalidade em sentido amplo que está desmembrada nos seus subprincípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito, objeto de exame detalhado no capítulo 3 deste trabalho.

### 9.3.1 Adequação

De acordo com Santos (2004, p.110), o subprincípio da adequação questiona se a medida adotada pelo Estado é adequada à obtenção do fim que o legislador pretendeu atingir. Trata-se da utilidade da medida adotada, cuidando-se da relação de causalidade entre a medida adotada pelo Estado e o fim a que visa alcançar.

O fim que se persegue e que deve nortear a administração tributária é a realização da eficiente arrecadação, com observância do princípio da capacidade contributiva (art. 145, § 1º, CF/88) e do princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, e art. 150, II).

Baltazar Junior (2005, p.157) comenta que a medida adotada pelo Estado não implica em grandes prejuízos para o cidadão que paga corretamente seus tributos, no fato do acesso aos seus dados bancários por parte da fiscalização tributária. Demais disso, diga-se que os fatos a serem identificados por conta da violação do sigilo, no campo tributário, são fatos que dariam ensejo ao pagamento de tributo, em relação aos quais existe dever do contribuinte de declaração. Mais ainda, o que interessa as autoridades fazendárias é apenas a movimentação financeira, e não o destino e a origem do dinheiro, ou seja, como ele foi ganho e no que esta sendo gasto, o que poderia, eventualmente, violar a vida privada do cidadão.

A Lei Complementar nº 105/01 ao fornecer meios para a administração tributária fortalecer a ação fiscalizadora e elevar a percepção de risco das pessoas e, assim, estimular o cumprimento espontâneo das obrigações fiscais, estará tornando a arrecadação mais eficiente.

Para isso, a Lei Complementar nº 105/01 conferiu basicamente dois instrumentos à administração tributária:

- 1) o acesso periódico à movimentação financeira global dos contribuintes; e
- 2) a possibilidade de examinar, sob condições determinadas, documentos e registros mantidos pelas instituições financeiras sobre seus usuários.

O art. 6º da Lei Complementar nº 105/01 estabelece que:

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.

Para assegurar clareza e segurança aos envolvidos no processo de fiscalização, o dispositivo acima traz o requisito da indispensabilidade do exame dos documentos, livros e registros bancários, o que poderá ser questionado judicialmente para obstar tal medida quando essa necessidade não for comprovada.

O art. 3º do Decreto nº 3.724/01 que regulamenta a Lei Complementar nº 105/01 elenca onze situações suspeitas nas quais o exame das contas é considerado indispensável, conforme a seguir:

I - subavaliação de valores de operação, inclusive de comércio exterior, de aquisição ou alienação de bens ou direitos, tendo por base os correspondentes valores de mercado; II - obtenção de empréstimos de pessoas jurídicas não financeiras ou de pessoas físicas, quando o sujeito passivo deixar de comprovar o efetivo recebimento dos recursos; III - prática de qualquer operação com pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada em país enquadrado nas condições estabelecidas no art. 24 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996; IV - omissão de rendimentos ou ganhos líquidos, decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa ou variável; V - realização de gastos ou investimentos em valor superior a renda disponível; VI — remessa, a qualquer título, para o exterior, por intermédio de conta de não residente, de valores incompatíveis com as disponibilidades declaradas; VII - previstas no art. 33 da Lei nº 9.430, de 1996; VIII - pessoa jurídica enquadrada, no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), nas seguintes situações cadastrais: a) cancelada; b) inapta, nos casos previstos no art. 81 da Lei nº 9.430, de 1996; IX - pessoa física sem inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou com inscrição cancelada; X - negativa, pelo titular de direito da conta, da titularidade de fato ou da responsabilidade pela movimentação financeira; XI - presença de indício de que o titular de direito e interposta pessoa do titular de fato.

Observa-se que estão elencadas as situações que caracterizam fortes indícios de irregularidade com reflexos tributários, dentre elas: subfaturamento de operações, se comparados com os valores de mercado, operações com *paraísos fiscais*, omissão de rendimentos, gastos incompatíveis com a receita declarada, remessa para o exterior através das contas de residentes no exterior, pessoa jurídica com número no CNPJ cancelado, pessoa física sem inscrição no CPF, indício de utilização de interposta pessoa (*laranjas*), etc.

Somente a partir da detecção de indícios de irregularidades tributárias, decorrentes muitas vezes do cruzamento das informações, e observados os critérios de relevância e interesse fiscal, é que a administração tributária instaura um procedimento de fiscalização no contribuinte, o que possibilita a requisição e o exame dos documentos, por exemplo extratos bancários.

No exemplo a seguir, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região entendeu cabível a quebra do sigilo no caso de existência de indícios de irregularidades

tributárias decorrentes da divergência considerável entre a receita bruta declarada e a movimentação financeira do contribuinte:

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. DIREITO À INTIMIDADE E SIGILO DE DADOS. PROPORCIONALIDADE. CASUÍSTICA. MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA MUITO SUPERIOR À RECEITA BRUTA DECLARADA. QUEBRA DE SIGILO AUTORIZADA.

1. O sigilo bancário, como dimensão dos direitos à privacidade (art. 5º, X, CF) e ao sigilo de dados (art. 5º, XII, CF), é direito fundamental sob reserva legal, podendo ser quebrado no caso previsto no art. 5º, XII, in fine, ou quando colidir com outro direito albergado na Carta Maior. Neste último caso, a solução do impasse, mediante a formulação de um juízo de concordância prática, há de ser estabelecida através da devida ponderação dos bens e valores, in concreto, de modo a que se identifique uma 'relação específica de prevalência' entre eles. 2. No caso em tela, contudo, os elementos fáticos constantes dos autos militam contra o impetrante. A considerável discrepância verificada entre a receita bruta declarada na Declaração do Imposto de Renda e a movimentação financeira do contribuinte, no mesmo período, autorizam a decretação da quebra de sigilo por este Juízo Colegiado. (TRF 4ª R., AMS nº 2003.70.00.012284-4/PR, Rel. Dês. Dirceu de Almeida Soares. 2ª T., DJ 04.02.2004, p. 452).

Em suma, entende-se que a quebra do sigilo bancário diretamente pela administração tributária é medida adequada para dar efetividade ao princípio da capacidade contributiva, bem como ao da isonomia em sua vertente tributária.

### **9.3.2 Necessidade**

A necessidade segundo Santos (2004, p.112), significa que não existe outro estado que seja menos oneroso para o particular e que possa ser alcançado pelo poder público com o mesmo esforço, ou pelo menos, sem um esforço significativamente maior. Em outras palavras, pode se afirmar que um ato estatal, fundamentado no interesse público, limitador de direito fundamental individual é necessário caso o objetivo perseguido não possa ser alcançado, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito atingido.

Encontramos na doutrina variadas argumentações que defendem a tese da inconstitucionalidade e assinalam que o sigilo bancário constitui expressão do direito à intimidade, exigindo-se autorização judicial para violá-lo. Os direitos fundamentais não podem ser interpretados como se somente compreendessem os direitos individuais, numa desconsideração aos direitos sociais, cuja efetivação depende precipuamente de recursos financeiros obtidos a partir da arrecadação de tributos.



Argumenta-se, também, que a quebra administrativa do sigilo bancário caracteriza ato de privação de liberdade individual, a qual para ser consumada deve obedecer ao devido processo legal e assegurar o contraditório e a ampla defesa, garantias fundamentais previstas nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal.

Observa-se que essa argumentação não é procedente, pois processo administrativo fiscal obedece rigorosamente os postulados da ampla defesa e do contraditório, sendo que o contribuinte terá, em todos os casos, resguardado a possibilidade de defender-se de qualquer acusação e de esclarecer quaisquer divergências detectadas pela administração tributária em seus dados e declarações, conforme disposições do Decreto nº 70.235/72. Ainda, o contribuinte pode recorrer ao Poder Judiciário a qualquer tempo, mediante a alegação de descumprimento de disposições legais sobre a quebra do sigilo bancário pela administração tributária.

No caso do pedido de informações sobre movimentação financeira diretamente aos bancos (art. 6º da LC 105/01), observe-se que existe uma rígida estrutura normativa para impedir qualquer tipo de desvio de finalidade. No Decreto 3.724/01, que regulamenta o art. 6º da Lei Complementar 105/01 e na Portaria SRF 180/01, estão definidos rígidos requisitos para se requerer informações às instituições financeiras.

O acesso às informações bancárias por parte da administração tributária tem finalidade exclusivamente instrumental para que se atinja de forma adequada e eficiente a realização da arrecadação tributária, combatendo a sonegação fiscal.

A seguir são apresentadas algumas matérias publicadas na imprensa que demonstram elevadas discrepâncias entre renda declarada e movimentação bancária, caracterizando fortíssimos indícios de irregularidades tributárias e potencial dano ao Estado de direito.

A Secretaria da Receita Federal emitiu informação para a imprensa nº 123, de 2000, sobre análise estatística do cruzamento de informações da CPMF e do Imposto de Renda, nos seguintes termos:

- a) 62 pessoas físicas que declararam perante a Receita Federal suas condições de isentas de imposto de renda tiveram movimentação financeira anual acima de R\$ 10 milhões, totalizando R\$ 11,03 bilhões;
- b) 139 pessoas físicas omissas perante a Receita Federal tiveram movimentação financeira anual acima de R\$ 10 milhões, totalizando R\$ 28,92 bilhões;
- c) 45 pessoas jurídicas incluídas no SIMPLES (pressupõe receita bruta anual inferior a R\$ 120 mil) tiveram movimentação financeira anual acima de

R\$ 100 milhões, totalizando R\$ 53,21 bilhões;  
d) 46 pessoas jurídicas que declararam perante a Receita Federal suas condições de isentas de imposto de renda tiveram movimentação financeira anual acima de R\$ 100 milhões, totalizando R\$ 18,39 bilhões;  
e) 139 pessoas jurídicas omissas perante a Receita Federal tiveram movimentação financeira anual acima de R\$ 100 milhões, totalizando R\$ 70,96 bilhões.

A Revista Veja, de 04 de abril de 2001, publicou matéria que evidencia a gritante diferença entre renda e conta bancária de milhares de contribuintes brasileiros:

A Receita Federal está descobrindo um mundo novo. Em janeiro passado, o Fisco ganhou o poder legal de cruzar as informações entre o imposto de renda e os dados da CPMF, contribuição que incide sobre a movimentação bancária. Ao fazer o cruzamento, os fiscais vêm encontrando coisas do arco-da-velha. Na semana passada, nada menos que 6.600 contribuintes estavam convocados a dar explicações à Receita: são 4.200 pessoas físicas e 2.400 empresas. Em todos os casos apareceu uma disparidade acentuada entre rendimento declarado e movimentação bancária. Só para se ter uma idéia: os 6.600 contribuintes, juntos, movimentaram nos bancos a astronômica bolada de 146 bilhões de reais em 1998. Mas, em suas declarações de renda, aparecem como trabalhadores de baixa renda ou empresas de fundo de quintal. Uma parte dos 6.600 nem se deu ao trabalho de entregar a declaração do IR ao Leão.

O Jornal do Brasil, de 11 de junho de 2001, publicou no caderno de economia a matéria sobre identificação da sonegação fiscal com base nos dados de recolhimento da CPMF, com o título “Cruzamento da CPMF com Imposto de Renda”, e aponta até corruptos:

As investigações de sonegação de impostos pela Secretaria da Receita Federal, baseadas na quebra do sigilo bancário dos contribuintes, devem resultar numa enorme quantidade de processos criminais na Justiça: é que as volumosas quantias movimentadas nas contas bancárias de pessoas que se declaravam isentas do imposto de renda são provenientes de atividades ilegais, como o tráfico de drogas e corrupção.

Com base nos dados de recolhimento da CPMF, o imposto do cheque, a Receita Federal está autuando sete mil contribuintes que se declararam isentos do pagamento do imposto de renda, ou deixaram de apresentar declaração de renda ou optaram pelo Simples (sistema simplificado de pagamento de tributos, destinado apenas às pequenas empresas), mas movimentaram, em suas contas bancárias, R\$ 140 bilhões, no ano de 1998.

O jornal Estado de São Paulo, em 21 de dezembro de 2000, publica a matéria intitulada “Decreto da quebra de sigilo vai prever punição para quem desrespeitar limites”, que dispõe da seguinte forma:

O secretário da Receita, Everardo Maciel, disse que não há procedência na desconfiança manifestada por magistrados e políticos quanto à intenção do fiscal da Receita que vai eventualmente acessar informações sigilosas. Há dois anos, ele adotou o mandado de procedimento fiscal, que registra as ações desenvolvidas pela fiscalização.

O sistema evita eventual obtenção de informação para finalidades escusas.

O computador registra o nome, a hora, o tempo de duração da consulta e o tipo de informação pesquisada pelo fiscal que acessou dados de determinado contribuinte.

O acesso só estará justificado se aquele contribuinte estiver sendo fiscalizado por motivo declarado ao delegado da Receita. É ele quem dá o mandado de fiscalização ao fiscal, que legitima o conhecimento da informação sigilosa.

Tal procedimento foi adotado porque não existia controle no passado e foram flagrados fiscais fazendo uso indevido de informações dos contribuintes.

A Agência Estado publica a matéria que a Receita Federal fiscalizou 521 mil contribuintes em 2007, em 30 de janeiro de 2008, nos seguintes termos:

O secretário da Receita Federal, Jorge Rachid, anunciou há pouco que, no ano passado, foram fiscalizados no País 521 mil contribuintes pessoas físicas e empresas. Nesse processo, foram lançados R\$ 108 bilhões em créditos tributários em favor da Receita. Desse total, R\$ 98,8 bilhões estão sendo cobrados das 35.224 empresas autuadas.

Rachid destacou o uso de tecnologia da informação no cruzamento de base de dados coletados de fontes externas, como a movimentação da extinta Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF) e de cartões de crédito. 'Esses instrumentos foram fundamentais para a seleção dos contribuintes a serem fiscalizados', explicou o secretário da Receita.

A Secretaria da Receita Federal do Brasil, em 06 de junho de 2008, informou no seu endereço eletrônico oficial que será iniciado mais um programa nacional de fiscalização integrante da Estratégia Nacional da Fiscalização (ENAF) para o ano de 2008, nos seguintes termos:

O programa tem como foco pessoas físicas e jurídicas que apresentaram indícios de movimentação financeira incompatível com as suas receitas declaradas.

Foram selecionados contribuintes que apresentaram indícios concretos de sonegação após o cruzamento de dados de movimentação financeira com as informações prestadas nas declarações entregues à Receita Federal.

A Receita Federal identificou 938 pessoas jurídicas que se declararam como inativas, mas que efetuaram movimentação financeira de cerca de R\$ 8 bilhões.

Também foram selecionadas 3.617 pessoas jurídicas que declararam inexistência de receita ou que deixaram de entregar a Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e que tiveram movimentação financeira total superior aos R\$ 89 bilhões.

Outras 4.045 empresas apresentaram movimentação financeira incompatível com a receita declarada em Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica. Os indícios apurados indicam movimentação financeira em média 500 vezes superior à receita bruta total declarada pelas empresas.

Com isso, entende-se necessária porque não há outro meio menos gravoso a direitos fundamentais e dotado de igual eficiência para demonstrar os fatos geradores dos tributos, caso o contribuinte se valha do sistema financeiro como meio para escondê-los. As facilidades proporcionadas pela informática bancária em

termos de velocidade e agilidade nas transações, bem como seu grande volume, tornariam a fiscalização um ato meramente simbólico, uma verdadeira roleta a possibilitar que os contribuintes menos abençoados pela sorte sejam surpreendidos pela fiscalização, enquanto outros omitem os fatos geradores, sem qualquer consequência prática (BALTAZAR JUNIOR, 2005, p. 155).

Neste ponto, é importante destacar alguns trechos do trabalho produzido pelo Procurador da Fazenda Nacional, Aldemário Araújo Castro, intitulado “A constitucionalidade da transferência do sigilo bancário para o fisco preconizada pela Lei Complementar nº105/2001” (2008):

Entretanto, na maior parte das operações bancárias ou financeiras não existe nenhuma, por menor que seja, possibilidade de conhecimento da esfera da vida privada e intimidade de alguém. Vejamos alguns exemplos: depósito à vista realizado pelo próprio titular da conta, resgate em conta de depósito realizado pelo próprio titular da conta, aplicação em fundo de investimento e aquisições de moeda estrangeira. Temos, nestes casos, eventos isolados, objetivos, padrões comerciais impessoais onde emerge, só e somente só, um dado contábil ou quantitativo. Assim, não assiste razão aos que sustentam não ser o tema constitucional.

Neste círculo limitado, do dado meramente contábil, não há espaço para invasão da intimidade ou privacidade. Um débito em conta corrente, a título de ilustração, tanto pode ter sido realizado para viabilizar uma doação a um moribundo quanto para remunerar o autor material de um crime. O dado numérico em si nada revela em relação ao detentor da conta bancária.

Nesta linha de raciocínio, a regra do art. 5º da Lei Complementar nº 105/2001 não pode ser inquinada de inconstitucional. Como as operações bancárias são comunicadas ao Fisco em ‘[...] 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’, conforme cláusula explícita naquele comando legal, não subsiste a menor possibilidade de invasão da intimidade ou vida privada das pessoas com o conhecimento tão-somente de valores, de dados numéricos, frias quantidades.

Importa ainda ressaltar que o conhecimento das operações bancárias pelo Fisco não significa quebra do sigilo bancário. A idéia de quebra está relacionada com a comunicação ou informação prestada a terceiros, de forma ampla, dos dados protegidos. Não há quebra quando as informações são transferidas, por razões juridicamente aceitáveis, com a manutenção do traço sigiloso por parte do novo conhecedor. Assim, quando o Fisco toma conhecimento de informações financeiras dos contribuintes não o faz com o intuito ou com o fim de divulgá-las para terceiros. Pelo contrário, todos os agentes fiscais estão obrigados a resguardar as informações manuseadas sob pena de responsabilidade penal e administrativa.

Ademais, somente o amplo e total conhecimento da vida econômica dos contribuintes, hoje majoritariamente financeira, dadas as características da economia moderna, permitirá a efetividade, aqui o discurso é constitucional, de ditames, também constitucionais, como a pessoalidade dos impostos, a capacidade contributiva, a isonomia e livre iniciativa, mediante combate à concorrência desleal daquele que não recolhe a carga tributária devida. Afirme-se, ainda, como absolutamente incompatível com a idéia de Estado Democrático de Direito a possibilidade de tornar inacessíveis atividades econômicas tributáveis, cujos recursos arrecadados via tributação constituem a principal, quiçá, única forma de realização da justiça social.

A atividade da fiscalização tributária consiste em verificar se a declaração do contribuinte corresponde a verdade, sendo o procedimento de comparação de declarações com elementos indiciários de renda, como a movimentação bancária, o meio mais eficaz para apurar indícios de infrações tributárias.

De acordo com Baltazar Junior (2005, p.155), a atividade de fiscalização não é algo eventual para a autoridade fazendária. O acesso às informações bancárias não pode ser visto como algo excepcional, cercado de ritos e sacralidades, a demandar inúmeras intervenções judiciais. O acompanhamento será permanente, obedecidos os requisitos legais. Do reconhecimento do caráter de direito fundamental da vida privada e do sigilo financeiro como sua manifestação, não decorre uma impossibilidade de acesso por parte da fiscalização, mas sim do público em geral, de terceiros.

Pode haver, ainda, reflexos da quebra administrativa do sigilo bancário na área penal, pois com freqüência no curso do processo administrativo verificam-se, dentre outros, o cometimento de crimes contra ordem tributária, contrabando, tráfico de drogas e de armas, “lavagem de dinheiro”.

Desse modo, a necessidade do exame de documentos bancários pela autoridade fazendária também deve ser considerada sob o ponto de vista criminal. Observa-se que a comunicação às autoridades competentes da prática de ilícitos penais é autorizada, independentemente de autorização judicial, pelo inciso IV do art. 2º da Lei Complementar nº 105/01.

Sobre esse tema decidiu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nos seguintes termos:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. PREVISÃO LEGAL. LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001. INTERCÂMBIO DE DADOS ENTRE A RECEITA FEDERAL E ORGÃOS DE INVESTIGAÇÃO. POSSIBILIDADE. (...) 2. As autoridades e os agentes fiscais tributárias podem - independente de ordem judicial mas desde que haja processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso - examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, devendo, todavia, ser 'preservado o seu caráter sigiloso mediante acesso restrito as partes, que delas não poderão servir-se para fins estranhos a lide' (art. 3º, *caput*, da LC nº 105/2001). 3. Isso não significa, porém, que seja vedado o intercâmbio de informações (obtidas a partir da quebra de sigilo) entre a SRF e os órgãos de investigação (Polícia Federal e Ministério Público) visto que o termo lide engloba não somente a persecução penal *stricto sensu* - onde são partes a Justiça Pública e o acusado - mas também todos os elementos coligidos na seara extra penal que, de alguma forma, irão conferir, num momento posterior, presunção de veracidade a *opinio delicti*. 4. Ademais, ofende o Princípio da Razoabilidade exigir-se que a Receita Federal instaure procedimento cível buscando obter registros já angariados na esfera criminal

até mesmo porque, em se tratando da apuração de crimes contra a Ordem Tributária e o Sistema Financeiro Nacional (Leis nº 8.137/90 e 7.492/86), nenhum outro órgão se mostra mais adequado para auxiliar na comprovação da materialidade de tais delitos. 5. Nessa ordem de idéias, urge, em tempos de repressão ao crime organizado, haver ampla cooperação entre os mais diversos órgãos apuratórios, o que auxilia na agilização das investigações e na possibilidade de identificação dos verdadeiros infratores. (MS nº 2002.04.01.029958- 8/PR, Rel. Des. Fed. Elcio Pinheiro de Castro, 8ª T., um. DJ 2.4.03, p. 788),

Conclui-se, portanto, que as medidas previstas na Lei Complementar 105/01 são necessárias para a eficácia da aplicação do princípio da capacidade contributiva, e que essas medidas não podem ser substituídas por outras menos gravosas.

### **9.3.3 Proporcionalidade em sentido estrito**

Após analisar a adequação e a necessidade de uma medida limitadora de direitos fundamentais, partir-se-á para a terceira etapa, o chamado princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Entende-se que a busca dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, consistentes na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na garantia do desenvolvimento nacional, na erradicação da pobreza e na redução das desigualdades sociais e regionais e na promoção do bem de todos, conforme art. 3º da Constituição Federal, supera largamente o interesse individual na preservação da vida privada, no aspecto relacionado ao sigilo bancário.

As fontes de receita do Estado brasileiro são basicamente tributárias e estas devem ser direcionadas de forma eficaz na persecução dos objetivos previstos no art. 3º da carta magna. Observa-se que a arrecadação tributária, observado o princípio da capacidade contributiva, é fundamental para buscar o bem estar social, sendo exigido nesse caso, o sacrifício da intimidade individual em nome de um bem maior, o interesse público e social.

A essencialidade das atividades das administrações tributárias foi realçada nos incisos XVIII e XXII do art. 37, da Constituição, este acrescentado pela Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003, estabelecem que:

XVIII - a administração fazendária e seus servidores fiscais terão, dentro de

suas áreas de competência e jurisdição, precedência sobre os demais setores administrativos, na forma da lei;  
XXII - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio.

Garcia (1988, p.43) faz a seguinte consideração baseada em precedente do Tribunal Constitucional Alemão:

E certo que a Lei Fundamental estabeleceu um ordenamento baseado em uma série de valores fundamentais que considera a proteção da liberdade e a dignidade humana como fim supremo; mas a imagem da pessoa humana que a Constituição projeta não é do indivíduo isolado; a Lei Fundamental resolveu a tensão indivíduo-comunidade no sentido da essencial sociabilidade da pessoa.

Os grandes avanços tecnológicos e da telecomunicação permite um sistema bancário ágil e eficiente, mas, também, dele se aproveita as organizações criminosas que movimentam valores vultosos decorrentes de lavagem de dinheiro, tráfico de drogas, contrabando, tráfico de armas, corrupção, terrorismo, dentre outros.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Mandado de Segurança nº 21729/DF em 5 de outubro de 1995, concluiu que “O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas”.

Observa-se que existe uma tendência mundial de permissão legal de acesso às informações bancárias por parte da autoridade fiscal. Com efeito, Saldanha Sanches relata que o acesso a informações bancárias por parte da autoridade fiscal é aceita pacificamente nos Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, Nova Zelândia e França, a tal ponto que sequer há controvérsia jurisprudencial e doutrinária. Na Espanha há um acesso sistematizado as informações por parte das autoridades fazendárias, já submetido ao crivo do Tribunal Constitucional. Também admitem tal acesso Austrália, Bélgica, Canadá, Chile, Dinamarca, Finlândia, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Japão, Coréia, Holanda, Noruega e Suécia.

Visando a eficácia e a agilização do processo administrativo, a exemplo do que ocorre no direito de outros povos, é importante que as informações bancárias sejam apresentadas de forma transparente à autoridade fiscal. De notar que não se defende a ação administrativa indiscriminada, generalizado o acesso as informações

bancárias dos contribuintes, mas a sua limitação aos casos sob suspeita de irregularidades com o devido respaldo do processo administrativo instaurado.

De acordo com Cassone (1999, p. 461), a autoridade fiscal deverá guardar sigilo sobre os dados obtidos decorrentes do acesso às informações bancárias, conforme disposições do § 5º do art. 5º e o parágrafo único do art. 6º da Lei Complementar nº 105/01, além do art. 7º do Decreto nº 3.724/01 e das regras específicas sobre sigilo fiscal (CTN, art. 198), mantendo-se assim, a segurança da informação, sob pena de responsabilidade administrativa, civil e penal. Tais informações devem ser conservadas sob sigilo fiscal, em outras palavras, o que a lei autoriza é identificar, e não dar publicidade aos fatos.

Destarte, enquanto as instituições financeiras são obrigadas a observar o sigilo bancário, ou seja, o sigilo sobre os negócios e informações obtidas nas transações com seus clientes, a administração tributária tem o dever de manter sob sigilo as informações acerca dos contribuintes, que são obtidas no exercício de suas atividades. Assim, não protege contas fictícias, nem serve para acobertar crimes.

Tal obrigação está expressa no *caput* do art. 198 do Código Tributário Nacional, conforme segue:

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. (Redação dada pela LC nº 104, de 10.01.2001)

Tem-se, ainda, no Decreto nº 3.000, de 29 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda), os comandos abaixo transcritos, relacionados ao sigilo fiscal.

Art. 998. Nenhuma informação poderá ser dada sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades (Lei nº 5.172, de 1966, arts. 198 e 199).

Cabe salientar, também, que o art. 10 da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, caracteriza como crime a quebra de sigilo fora das hipóteses autorizadas, bem como o art. 11 prevê a responsabilização do servidor que utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida em decorrência da quebra de sigilo. Seguem tais artigos:

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



Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem omitir, retardar injustificadamente ou prestar falsamente as informações requeridas nos termos desta Lei Complementar.

Art. 11. O servidor público que utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida em decorrência da quebra de sigilo de que trata esta Lei Complementar responde pessoal e diretamente pelos danos decorrentes, sem prejuízo da responsabilidade objetiva da entidade pública, quando comprovado que o servidor agiu de acordo com orientação oficial.

Por sua vez, a Portaria SRF nº 180, de 1 de fevereiro de 2001, dispõe sobre solicitação e emissão da Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira – RMF, instituída pelo Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001.

No que tange aos procedimentos para o fornecimento das informações protegidas por sigilo fiscal, por parte da Secretaria da Receita Federal do Brasil, encontram-se determinados de forma cautelosa na Portaria SRF nº 580, de 12 de junho de 2001.

Tem-se, ainda, no que se refere à legislação criminal, o disposto no Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal Brasileiro), no tocante à quebra de sigilo e à divulgação de segredo:

Violação de sigilo funcional

Art. 325 - Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º Nas mesmas penas deste artigo incorre quem: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

I - permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública; (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

II - se utiliza, indevidamente, do acesso restrito. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 2º Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Funcionário público

Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

Ressalta-se que, além das implicações previstas na legislação penal, há também previsão, na Lei nº 8.112, de 1990, da penalidade de demissão ao servidor que revelar segredo do qual se apropriou em razão do cargo, conforme inciso IX do art. 132 da lei em tela, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

Para Baltazar Junior (2005), não se sustenta o argumento em desfavor da atuação direta da autoridade fazendária consistente na possibilidade de abusos cometidos no uso de tais informações, que poderiam ser usadas como instrumento para a prática de concussão contra os contribuintes. Veja-se que o Decreto nº 3.724/01 estabelece que o acesso aos documentos sigiloso não se dá ao livre talante do servidor fazendário, pois está limitado a servidores ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal (art. 2º, *caput*), mediante mandado de procedimento fiscal (art. 2º, § 3º), documento este firmado por autoridade ocupante do cargo de Coordenador-Geral, Superintendente, Delegado ou Inspetor (art. 2º, § 5º, I) e conterá, entre outras informações, código de acesso à *internet* que permitirá ao contribuinte fiscalizado, a verificação de sua autenticidade (art. 2º, § 5º, 11, f). Como se vê, há uma preocupação em evitar o desvio de finalidade no uso das informações sigilosas e, em concretizado o abuso, instrumentos para a reparação dos danos decorrentes.

Ainda, caso não atendidas as regras para a quebra do sigilo bancário, sempre haverá a possibilidade de controle judicial, como demonstra a decisão a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTOS TRIBUTÁRIO. AÇÃO FISCALIZADORA. SIGILO BANCÁRIO. 1. A mingua de atos que outorguem, ainda que de modo presumido, legitimidade a ação fiscalizadora, e inconcusso o desrespeito ao devido processo legal. Não se coadunando com as disposições de controle e segurança erigidas pelo decreto regulamentador, mostra-se viciado o procedimento administrativo-fiscal, o que recomenda sua imediata paralisação. 2. A esfera privada, a intimidade, qual seja sua faceta, tem absoluta proteção constitucional, cuja ameaça ou lesão efetiva deve ser reprimida vigorosamente, o que autoriza qualquer providência tendente a sua proteção. (TRF 4ª R., AI nº 2002.01.01.019094-4/PR, Rel. Des. Fed. Luiz Carlos de Castro Lugon, 1ªT., un. DJ 11.9.02, p. 581).

Na prática, a administração tributária, especialmente no âmbito federal, conta de longa data com suporte legislativo para exigir informações que possam servir de parâmetros para a atividade de fiscalização dos contribuintes. E, na linha de raciocínio de quem defende o sigilo bancário, essas informações também não poderiam deixar de intervir na esfera de privacidade do contribuinte. Um bom exemplo é a exigência da declaração de bens que se faz desde a Lei 4.069, de 11 de junho de 1962:

Art. 51. Como parte integrante da declaração de rendimento a pessoa física apresentará relação pormenorizada, segundo modelo oficial, dos bens imóveis e móveis que, no país ou no estrangeiro, constituem o seu patrimônio e dos seus dependentes, no ano base.

E também da declaração sobre operações imobiliárias, desde o Decreto lei 1.510, de 27 de dezembro de 1976:

Art 15. Os serventuários da Justiça responsáveis por Cartório de Notas ou de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos, ficam obrigados a fazer comunicação à Secretaria da Receita Federal dos documentos lavrados, anotados, averbados ou registrados em seus Cartórios e que caracterizam aquisição ou alienação de imóveis por pessoas físicas, conforme definidos no art. 2º § 1º do Decreto lei nº 1.381, de 23 de dezembro de 1974.

§ 1º A comunicação deve ser efetivada em formulário padronizado e em prazo a ser fixado pela Secretaria da Receita Federal. (Paulo Ribeiro Pacelo – Mestrado)

Aldemário Araújo Castro (2008) comenta com propriedade a convivência dos chamados "arquivos de consumo", acessados pelas centrais de crédito interbancárias e serviços de proteção ao crédito, com os direitos à intimidade e vida privada e indaga o porquê da celeuma em torno da transferência criteriosa e sigilosa de informações financeiras para o Fisco, nos seguintes termos:

O exemplo mais eloqüente deste expediente na prática constitucional brasileira foi efetivado pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade no 1.790-DF (16). Neste precedente, importantíssimo para os rumos do debate acerca da extensão do sigilo bancário, o Excelso Pretório firmou a premissa de que é juridicamente possível a convivência da privacidade com os 'arquivos de consumo' amplamente utilizados no mercado. Portanto, diante desta decisão do Supremo, subsiste, sem resposta, a seguinte pergunta: por que a formação e utilização dos chamados 'arquivos de consumo' pode conviver com os direitos à intimidade e vida privada e a transferência criteriosa e sigilosa de informações financeiras para o Fisco não pode? Qualificamos propositalmente de criteriosa e sigilosa a transferência das informações financeiras para o Fisco porque no âmbito da constituição e manuseio dos tais 'arquivos de consumo' não verificamos estes rigores. Em regra, qualquer caixa ou atendente de uma loja comercial tem acesso imediato, 'on-line', instantâneo, em tempo real a uma multidão de dados financeiros do cliente (ou possível cliente). Entre estes dados podemos encontrar: endereços, telefones, contas bancárias, saldos médios, patrimônio mobiliário e imobiliário, níveis de crédito na praça, os últimos contratos de compra e venda realizados no mercado, cartões de créditos, etc, etc, etc.

Outra situação ilustrativa é a dos funcionários dos bancos que acessam informações dos seus correntistas. O titular da conta bancária tolera esse acesso porque acredita que a probabilidade de ter seus dados expostos a outros não é elevada a ponto de se sentir ameaçado na sua intimidade. Considerando esse aspecto, não há razão para avaliar que essa probabilidade seja maior, caso a informação esteja em posse de um servidor da administração tributária, sob as rígidas regras do sigilo fiscal.

Atualmente, o entendimento majoritário do Tribunal Regional Federal 4ª região é pela possibilidade de quebra do sigilo bancário pela administração tributária, independentemente de ordem judicial, conforme exemplo a seguir:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTS EXECUÇÃO FISCAL. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. O entendimento predominante no Tribunal é o de que, mesmo no âmbito administrativo, independentemente de ordem judicial, o acesso da autoridade fiscal a dados relativos a movimentação financeira dos contribuintes, no bojo de procedimento fiscal regularmente instaurado, como previsto na legislação infra-constitucional, não afronta, a priori, os direitos e garantias individuais assegurados do texto constitucional, no art. 5º, incisos X (inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas) e XII (inviolabilidade do sigilo de dados). (TRF 4ª R., AI 2003.04.01.0138690/PR, Rel. Des. Fed. Joao Surreaux Chagas, 2ª T. m., 30.9.03.)

No Tribunal Regional Federal da 3ª Região há diversos julgados no sentido da constitucionalidade da Lei Complementar em estudo, sendo transcrito a seguir um caso referente à apelação em mandato de segurança:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 5, XII. SIGILO BANCÁRIO. LEI 4.595/64. ART. 38. LEI COMPLEMENTAR 105/2001, ART. 1º, § 3º, ART. 6, § ÚNICO. PROCEDIMENTO FISCAL DOCUMENTAÇÃO INDISPENSÁVEL À INVESTIGAÇÃO FAZENDÁRIA. SIGILO QUE CEDE PASSO PARA TAL EFEITO. RESGUARDO DOS DADOS COLIGIDOS, ART. 198 CTN. PRECEDENTES. STF. STJ.

1. O sigilo da correspondência, de comunicações telegráficas, de dados e de comunicações telefônicas está previsto no art. 5º, inc. XII da Carta Política, não se extraindo, da análise do texto, eventual reserva de jurisdição no que tange ao sigilo bancário, sequer especificamente mencionado, e previsto no art. 38 de Lei 4.595, de 31/12/64.

2. A questão pertinente ao SIGILO bancário veio de sofrer alteração com o advento da LEI COMPLEMENTAR nº 105, de 10/01/2001, que "dispõe sobre o SIGILO das operações de instituições financeiras e dá outras providências", objeto de regulamentação via do Decreto nº 3.724 da mesma data. Presentemente, tem-se que LEI COMPLEMENTAR à Constituição autoriza expressamente (§ 3º, art. 1º e art. 6º) às autoridades da fazenda acessar aos dados do contribuinte para os fins de identificação e quantificação do encargo fiscal.

3. Impõe-se, na espécie, a exegese harmônica do Texto Constitucional compatibilizando-se o exercício dos direitos consagrados no art. 5º, XII com a previsão contida no § 1º, do art. 145, pertinente a identificação do patrimônio, rendimentos e atividades econômicas do contribuinte para fins de tributação.

4. A LEI COMPLEMENTAR 105, de 10/01/2001, não padece de inconstitucionalidade de qualquer espécie, operando, na verdade, dicção constitucional.

5. Previsão na LEI COMPLEMENTAR de resguardo dos dados colhidos relativamente ao contribuinte (art. 198, CTN e § único do art. 6º, LC 105/2001).

6. Precedentes (STF: RE 219.780/PE, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 13.4.99; STJ: ROMS 12.131/RR, Rel. Min. José Delgado, DJ 10/9/01; HB 15.753/CE, Rel. Min. Félix Fischer, DJ 20/8/01; e RESP 286.697/MT, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 11/6/2001).

7. Apelação improvida. (TRF 3ª R., AMS nº 235185, Processo: 2001.61.04.002694-7/SP, DJU 02/12/2002, p. 378).

## 10 CONCLUSÃO

O sigilo bancário exerce um papel legítimo na confidencialidade de dados financeiros de pessoas físicas e jurídicas. O acesso e a utilização dos dados bancários pelas autoridades fiscais devem obedecer a critérios rígidos de forma a não comprometer a segurança das relações do sistema financeiro.

No ordenamento jurídico brasileiro, o sigilo bancário tem fulcro no direito fundamental individual da proteção à vida privada, prevista no inciso X do art. 5º da Constituição.

Ao sigilo bancário não se aplica o fundamento do sigilo de dados previsto no inciso XII do art. 5º da Constituição, pois este busca proteger de modo absoluto o ato da comunicação “de dados” e não os seus resultados que constituirão dados, como exemplo, dados bancários, registrados em algum meio, salvo o caso da comunicação telefônica que não deixa vestígios.

Por outro lado, a arrecadação tributária impõe-se como um bem constitucionalmente protegido, sendo corolário do princípio da capacidade contributiva prevista no art. 145, § 1º, do princípio da igualdade tributária prevista no inciso II, art. 150, todos da Constituição Federal.

Na análise da constitucionalidade da atribuição conferida à autoridade fazendária para acessar informações protegidas pelo sigilo bancário, prevista nos art. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/01, foram abordados os seguintes aspectos:

- a) a reserva de jurisdição na matéria;
- b) a observância ao devido processo legal;
- c) a proporcionalidade.

A reserva da jurisdição deve ser reconhecida quando a própria Constituição a considera. Nos demais casos, o que se terá sempre é a garantia da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito.

A Constituição foi explícita em viabilizar o acesso da administração tributária ao patrimônio, aos rendimentos e às atividades econômicas do contribuinte, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei. De forma que inexistente reserva de jurisdição na matéria, nada impedindo que a lei defina a possibilidade de acesso aos dados bancários pela autoridade tributária.

Observa-se que todos os atos praticados pela administração poderão ser questionados no âmbito administrativo e, ainda, em consonância com o princípio do devido processo legal, poderão ser contrastados judicialmente.

A transferência de informações protegidas pelo sigilo bancário à administração tributária atende as cláusulas do devido processo legal e da garantia do contraditório e da ampla defesa, previstas na Constituição Federal.

Somente a partir da detecção de indícios de irregularidades tributárias e observados os critérios de relevância e interesse fiscal, é que a autoridade fazendária instaura procedimento de fiscalização, o que possibilita a requisição dos documentos financeiros. A utilização das informações sobre movimentação financeira pela administração tributária fica adstrita ao procedimento de fiscalização e está sujeita à observância das regras de sigilo fiscal, estando o servidor sujeito às sanções, caso utilize ou viabilize a utilização das informações em finalidade diversa, bem como divulgue ou facilite a divulgação das mesmas. Portanto, não há quebra do sigilo bancário, mas sim uma transferência deste que se transforma em sigilo fiscal perante a administração tributária.

Em relação à exigência do contraditório e ampla defesa como corolário do devido processo legal, a quebra de sigilo bancário não implica em exigência tributária automática sem direito de impugnação, nem condenação criminal sem defesa. O processo administrativo fiscal obedece rigorosamente os postulados da ampla defesa e do contraditório, sendo que o contribuinte terá, em todos os casos, resguardado a possibilidade de defender-se de qualquer exigência da administração tributária.

A Lei Complementar 105/01 e o Decreto 3.724/01 reconhecem a existência do sigilo bancário antes de abrir-lhe exceções, estabelecendo critérios rígidos para o acesso as informações financeiras pela administração tributária:

- a) define como requisitos prévios a instauração de processo administrativo;
- b) impõe a explicitação de circunstâncias objetivas consideradas indispensáveis ao exame dos documentos bancários para se requerer informações às instituições financeiras;
- c) exige a intimação prévia do sujeito passivo para que apresente e esclareça as informações requeridas, que, sendo atendidas, dispensam a quebra do sigilo;
- d) para impedir desvios de finalidade transforma o sigilo bancário quando

transferidas em sigilo fiscal, responsabilizando no âmbito administrativo, civil e penal os agentes violadores do dever de sigilo;

e) impede que as informações passem da restrita esfera da privacidade para a esfera da publicidade.

O sigilo bancário constitui expressão do direito fundamental à privacidade, mas não pode ser interpretado como se fosse absoluto, numa desconsideração aos direitos sociais, cuja efetivação depende fundamentalmente de recursos financeiros obtidos a partir da arrecadação de tributos. Devem ser ponderados os direitos fundamentais colidentes, utilizando-se o princípio da proporcionalidade que analisa criticamente se a restrição é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

A Lei Complementar referenciada ao fornecer meios para a administração tributária fortalecer a ação fiscalizadora e elevar a percepção de risco das pessoas e, assim, estimular o cumprimento espontâneo das obrigações fiscais, estará tornando a arrecadação mais eficiente.

O fim que norteia a administração tributária é a realização da eficiente arrecadação. A transferência de informações protegidas pelo sigilo bancário à administração tributária é medida adequada para dar efetividade ao princípio da capacidade contributiva, bem como, ao da isonomia em sua vertente tributária.

Somente a partir da detecção de indícios de irregularidades tributárias e observados os critérios de relevância e interesse fiscal, é que a administração tributária instaura um procedimento de fiscalização no contribuinte, o que possibilita a requisição e o exame dos documentos bancários. O acesso às informações bancárias por parte da administração tributária tem finalidade exclusivamente instrumental para que se atinja de forma adequada e eficiente a realização da arrecadação tributária.

Cada divulgação da administração tributária federal surpreende com dados estarrecedores sobre elevadas discrepâncias entre renda declarada e movimentação bancária das pessoas físicas e jurídicas domiciliadas no País, caracterizando fortíssimos indícios de irregularidades tributárias, de crimes e de dano ao Estado de direito.

Concluí-se, portanto, que as medidas previstas na Lei Complementar nº 105/01 são necessárias para a qualificação da arrecadação tributária, pois não há medida administrativa alternativa que, limitando menos o direito à privacidade, possibilite o mesmo grau de eficiência para atingir os resultados pretendidos.

A proporcionalidade em sentido estrito é requisito essencial a ser analisado, ponderando entre a preservação do direito fundamental à vida privada e outros direitos coletivos com ele em conflito, considerando a situação social, econômica, política e internacional do momento presente.

As atribuições constitucionais ao Estado implicam em vultosos dispêndios financeiros, citando-se como importante exemplo, os direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados. Como requisito lógico existe a proteção constitucional da arrecadação tributária. De outra forma, não haveria como exigir do Estado o cumprimento de suas atribuições sem a respectiva fonte de financiamento baseada precipuamente em receitas tributárias.

A Constituição projeta uma arrecadação eficiente, baseada no princípio da capacidade contributiva e isonomia, sem que se excluam grupos ou setores da sociedade pela simples impossibilidade de verificação eficiente de suas condições econômicas.

O fluxo de capitais decorrente da globalização, propiciado pelo avanço tecnológico da telecomunicação e da informática, apresenta crescimento exponencial no mundo. Cada vez mais as pessoas efetuam transações financeiras nacionais e internacionais, de forma eletrônica e instantânea, com reflexos tributários, que fugiriam do alcance da administração tributária se estivessem sob manto do sigilo bancário. Muitas dessas operações são vinculadas às atividades ilícitas, tais como: tráfico de entorpecentes e de armas, contrabando, corrupção, sonegação, terrorismo, lavagem de dinheiro, dentre outros.

Visando a eficácia e a agilização do processo administrativo, a exemplo do que ocorre no direito de outros povos, é importante que as informações bancárias sejam apresentadas de forma transparente à autoridade fiscal. De notar que não se defende a ação administrativa indiscriminada, generalizado o acesso as informações bancárias dos contribuintes, mas a sua limitação aos casos sob suspeita de irregularidades com o devido respaldo do processo administrativo instaurado.

Destarte, enquanto as instituições financeiras são obrigadas a observar o sigilo bancário, ou seja, o sigilo sobre os negócios e informações obtidas nas transações com seus clientes, a administração tributária tem o dever de manter sob sigilo as informações acerca dos contribuintes, que são obtidas no exercício de suas



atividades. Assim, o sigilo não deve proteger contas fictícias, nem servir para acobertar crimes.

No contexto atual, de prática corrente de evasão fiscal e larga utilização da rede bancária para fins lícitos e ilícitos, foi editada a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, que criou instrumentos de acesso às informações bancárias, sendo exigido nesse caso, o sacrifício da preservação da vida privada individual, em nome da supremacia do interesse público.

Existe uma tendência mundial de permissão legal de acesso, via procedimento administrativo, às informações bancárias por parte da autoridade fiscal tributária. Com efeito, o acesso a informações bancárias por parte da autoridade fiscal é aceita pacificamente nos Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, Nova Zelândia e França, a tal ponto que sequer há controvérsia jurisprudencial e doutrinária. Na Espanha há um acesso sistematizado às informações por parte das autoridades fazendárias, já submetido ao crivo do Tribunal Constitucional. Também admitem tal acesso Austrália, Bélgica, Canadá, Chile, Dinamarca, Finlândia, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Japão, Coreia, Holanda, Noruega e Suécia.

Do exposto, entende-se que inexistente reserva de jurisdição na matéria, nada impedindo que a lei defina a possibilidade de acesso aos dados bancários diretamente pela autoridade tributária; a transferência de informações protegidas pelo sigilo bancário à administração tributária atende as cláusulas do devido processo legal e da garantia do contraditório e da ampla defesa; e não há violação do princípio da proporcionalidade observando-se simultaneamente os subprincípios da necessidade, adequação e proporcionalidade no sentido estrito. Portanto, não há incompatibilidade vertical da previsão de acesso direto a informações financeiras por parte de autoridades fiscais, independentemente de autorização judicial, dada pelos arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, com a Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA ESTADO. **Receita Federal fiscalizou 521 mil contribuintes em 2007.** Disponível em: <http://www.estadao.com.br/busca/JSearch/UNP!uNP.action>. Acesso em: 30 jan. 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. Editora Malheiros, 2008.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 1992.

\_\_\_\_\_. **Uma introdução à ciência das finanças.** 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

\_\_\_\_\_. **Limitações constitucionais ao poder de tributar.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito tributário brasileiro.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Sigilo bancário e privacidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. **Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.** 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROS, Wellington Pacheco; BARROS Wellington Gabriel Zuchetto. **A proporcionalidade como princípio de direito.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas.** 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à**

**Constituição do Brasil.** v. 2. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BASTOS, Celso. O sigilo e a constituição. **Folha de São Paulo**. 9 dez. 2000.

BELLINETTI, Luiz Fernando. Limitações legais ao sigilo bancário. **Revista do Direito do Consumidor**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, v.18.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 7. ed. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL Tribunal Regional Federal 3ª Região. Agravo de Instrumento. Constituição Federal, art. 5º, XII. sigilo bancário. Lei 4.595/64, art. 38. Lei Complementar 105/2001, art. 1º § 3º art. 6º, § único. Procedimento fiscal. Documentação indispensável à investigação fazendária. Sigilo que cede passo para tal efeito. Resguardo dos dados coligidos, art. 198 CTN. Precedentes. STF. AI nº 2002.03.00.009434-7/MS, Rel. Des. Fed. Salette Nascimento, 4ª Turma., DJU 11.4.03, p. 366

BRASIL. Tribunal Regional Federal 4ª Região. Direito Processual Penal. Mandado de Segurança. Cabimento. Quebra de Sigilo Bancário. Previsão legal. Lei Complementar Nº 105/2001. Intercâmbio de dados entre a Receita Federal e Órgãos de Investigação. Possibilidade. MS nº 2002.04.01.029958- 8/PR, Rel. Des. Fed. Elcio Pinheiro de Castro, 8ª T., DJ 2.4.03, p. 788.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 4ª Região. Quebra de Sigilo Bancário pela autoridade administrativa. Direito à intimidade e sigilo de dados. Proporcionalidade. Casuística. Movimentação financeira muito superior à receita bruta declarada. Quebra de sigilo autorizada. AMS nº 2003.70.00.012284-4/PR, Rel. Des. Dirceu de Almeida Soares. 2ª T., DJ 04.02.2004, p. 452.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 4ª Região. Agravo de Instrumento Tributário. Ação fiscalizadora. Sigilo bancário. 1. A mingua de atos que outorguem, ainda que de modo presumido, legitimidade a ação fiscalizadora, e inconcusso o desrespeito ao devido processo legal. Não se coadunando com as disposições de controle e segurança erigidas pelo decreto regulamentador, mostra-se viciado o procedimento administrativo-fiscal, o que recomenda sua imediata paralisação. AI nº 2002.01.01.019094-4/PR, Rel. Des. Fed. Luiz Carlos de Castro Lugon, 1ªT., DJ 11.9.02, p. 581).

BRASIL. Tribunal Regional Federal 4ª Região. Tributário. Agravo de Instrumento Execução Fiscal. Quebra de Sigilo Bancário. O entendimento predominante no Tribunal é o de que, mesmo no âmbito administrativo, independentemente de ordem judicial, o acesso da autoridade fiscal a dados relativos a movimentação financeira dos contribuintes, no bojo de procedimento fiscal regularmente instaurado, como previsto na legislação infra-constitucional, não afronta, *a priori*, os direitos e garantias individuais assegurados do texto constitucional, no art. 5º, incisos X (inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas) e XII (inviolabilidade do sigilo de dados). AI 2003.04.01.0138690/PR, Rel. Des. Fed. Joao Surreaux Chagas, 2ª T., 30.9.03.

BRASIL Tribunal Regional Federal 3ª Região. Mandado de Segurança. Constituição Federal, art. 5, XII. Sigilo bancário. Lei 4.595/64. art. 38. Lei Complementar 105/2001, art. 1º, § 3º, art. 6, § único. Procedimento fiscal Documentação indispensável à investigação fazendária. Sigilo que cede passo para tal efeito. Resguardo dos dados coligidos, art. 198 CTN. Precedentes. STF. STJ. AMS nº 235185, Processo: 2001.61.04.002694-7/SP, Rel. Des. Fed. Salette Nascimento. Sexta Turma. DJU 02/12/2002, p. 378

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. LEI N. 4.116, DE 27.8.62. INCONSTITUCIONALIDADE. EXERCÍCIO LIVRE DE QUALQUER TRABALHO, OFÍCIO OU PROFISSÃO (C.F., ART. 153, PAR. 23). E INCONSTITUCIONAL A LEI QUE ATENTA CONTRA A LIBERDADE CONSAGRADA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, REGULAMENTANDO E CONSEQUENTEMENTE RESTRINGINDO EXERCÍCIO DE PROFISSÃO QUE NÃO PRESSUPOE "CONDIÇÕES DE CAPACIDADE." REPRESENTAÇÃO PROCEDENTE "IN TOTUM". Representação nº 930 / DF - DISTRITO FEDERAL. **Diário da Justiça da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 02-09-1977 PP-05969.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Penal. Processual penal. Sigilo bancário: quebra. Lei nº 4.595, de 1964, art. 38. I. – inexistentes os elementos de prova mínimos de autoria de delito, em inquérito regularmente instaurado, indefere-se o pedido de requisição da informações que implica quebra do sigilo bancário. Lei nº 4.595, de 1964, art. 38, II. – Pedido indeferido, sem prejuízo de sua reiteração. Questão de ordem na petição nº 577 – DF. **Diário da Justiça da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 23 abr. 1993, p. 6.918.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Penal. Processual penal. Sigilo bancário: quebra. Lei na 4.595, de 1964, art. 38. I. - inexistentes os elementos de prova mínimos de autoria de delito, em inquérito regularmente instaurado, indefere-se o pedido de requisição de informações que implica quebra do sigilo bancário. Lei 4.595, de 1967, art. 38. II. - Pedido indeferido, sem prejuízo de sua reiteração. Questão de ordem na petição nº 577 - DF. Relator: Min. CARLOS VELLOSO **Diário da Justiça da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 23 abr. 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. SIGILO BANCÁRIO: QUEBRA. ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. CF, art. 5º, X. I. - Se é certo que o sigilo bancário, que é espécie de direito à privacidade, que a Constituição protege art. 5º, X não é um direito absoluto, que deve ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da Justiça, certo é, também, que ele há de ceder na forma e com observância de procedimento estabelecido em lei e com respeito ao princípio da razoabilidade. No caso, a questão foi posta, pela recorrente, sob o ponto de vista puramente constitucional, certo, entretanto, que a disposição constitucional é garantidora do direito, estando as exceções na norma infraconstitucional. II. - R.E. não conhecido. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RE 219780 / PE – PERNAMBUCO. Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO. **Diário da Justiça da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 set 1999, p. 00023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Comissão Parlamentar de Inquérito - poderes de investigação (CF, art. 58, § 3a) - limitações constitucionais - legitimidade do controle jurisdicional - possibilidade de a CPI ordenar, por autoridade própria, a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico - necessidade de fundamentação do ato deliberativo - deliberação da CPI que, sem fundamentação, ordenou medidas de restrição a direitos - mandado de segurança deferido. Comissão Parlamentar de Inquérito - competência originária do Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança 23.452 - RJ. **Diário da Justiça da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 maio 2000, p. 20.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - QUEBRA DE SIGILO ADEQUADAMENTE FUNDAMENTADA - ATO PRATICADO EM SUBSTITUIÇÃO A ANTERIOR QUEBRA DE SIGILO QUE HAVIA SIDO DECRETADA SEM QUALQUER FUNDAMENTAÇÃO - A quebra do sigilo fiscal, bancário e telefônico de qualquer pessoa sujeita a investigação legislativa pode ser legitimamente decretada pela Comissão Parlamentar de Inquérito, desde que esse órgão estatal o faça mediante deliberação adequadamente fundamentada e na qual indique, com apoio em base empírica idônea, a necessidade objetiva da adoção dessa medida extraordinária. Mandado de Segurança nº 23652 - DISTRITO FEDERAL. **Diário da Justiça** de 16 fev. 2001. PP-00092.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sigilo bancário. Instituição financeira executora de política creditícia e financeira do Governo Federal. Legitimidade do Ministério Público para requisitar informações e documentos destinados a instruir procedimentos administrativos de sua competência. 2. Solicitação de informações, pelo Ministério Público Federal ao Banco do Brasil S/A, sobre concessão de empréstimos, subsidiados pelo Tesouro Nacional, com base em plano de governo, a empresas do setor sucroalcooleiro. 3. Alegação do Banco impetrante de não poder informar os beneficiários dos aludidos empréstimos, por estarem protegidos pelo sigilo bancário, previsto no art. 38 da Lei nº 4.595/1964, e, ainda, ao entendimento de que dirigente do Banco do Brasil S/A não é autoridade, para efeito do art. 8º, da LC nº 75/1993. 4. O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende às

atividades ilícitas. A ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público - art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993. 5. Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público. Princípio da publicidade, ut art. 37 da Constituição. 6. No caso concreto, os empréstimos concedidos eram verdadeiros financiamentos públicos, porquanto o Banco do Brasil os realizou na condição de executor da política creditícia e financeira do Governo Federal, que deliberou sobre sua concessão e ainda se comprometeu a proceder à equalização da taxa de juros, sob a forma de subvenção econômica ao setor produtivo, de acordo com a Lei nº 8.427/1992. 7. Mandado de segurança indeferido. MANDADO DE SEGURANÇA. MS 21729 / DF - DISTRITO FEDERAL **Diário da Justiça da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 19 OUT. 2001, p. 00033.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2000.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. São Paulo: Malheiros, 2001.

CASSONE, Vittorio. Capacidade contributiva, progressividade e sigilo bancário. **Repertório IOB de Jurisprudência**, São Paulo, n. 15, p. 461, ago. 1999.

CASTRO, Aldemário Araújo. **A constitucionalidade da transferência do sigilo bancário para o fisco preconizada pela Lei complementar nº 105/2001**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2220>. Acesso em: 26 ago. 2008.

CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CHINEN, Roberto Massao. **Sigilo bancário e o fisco**. Curitiba: Juruá, 2005.

COELHO, Inocência Mártires. **Interpretação constitucional**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito tributário**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

COSTA, Regina Helena. **Princípio da capacidade contributiva**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

COVELLO, Sérgio Carlos. **O sigilo bancário**. 2. ed. São Paulo: Leud, 2001.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. v. I. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

D'ANGELO, Ana. A conta não fecha. Leão quer saber por que 6 600 contribuintes têm diferença entre renda e conta bancária. **Revista Veja**. 04. abr. 2001.

DELGADO, José Augusto. O sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Pará**, n. 5, p.199-240, jul./dez. 2001.

DERZI, Misabel de Abreu; COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Do imposto sobre propriedade predial e territorial urbana**. São Paulo: Saraiva, 1982.

ESTADO DE SÃO PAULO. **Decreto da quebra de sigilo vai prever punição para quem desrespeitar limites**. 21 dez. 2000.

EUZÉBIO, Gilson Luiz. Economia Cruzamento da CPMF com IR aponta até corruptos. Receita estima que maior parte dos 7 mil sonegadores flagrados atua no crime. **Jornal do Brasil**. 11. jun. 2001.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. In: **Cadernos de direito tributário e finanças públicas**. n.1, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. 24/08/2006. Disponível em:

www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/49 - 83k. Acesso em: 02 set. 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. v. 2. 2.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. v.1. São Paulo: Saraiva, 1989.

GARCIA, Jose Ramon Ruiz. **Secreto bancario y hacienda publico**. Madrid: Civitas, 1998.

HAGSTROM, Carlos Alberto. O sigilo bancário e o poder público. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, v. 29, n. 79, jul./set. 1990.

LACOMBE, Américo Masset. **Direitos fundamentais do contribuinte**. v.6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LANDIM, P.M.B. Situação dramática. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 9 jan., 1991. Cidades, p.8.

LEMKE, Gisele. **Imposto de renda**: os conceitos de renda e de disponibilidade econômica e jurídica. São Paulo: Dialética, 1998.

LIMA, Rogério. Pode o fisco, por autoridade própria, quebrar o sigilo bancário do contribuinte? **Revista tributária e de finanças públicas**, São Paulo, ano 8, n. 34, set./out. 2000.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; REALE JUNIOR, Miguel. A inconstitucionalidade da quebra de sigilo bancário estabelecido pelas leis complementares 104/2001 e 105/2001. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n.39, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.



MENDES, Gilmar Ferreira. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, ano I, v. I. ago. 2001.

\_\_\_\_\_. **Texto baseado em voto proferido em 14 de agosto de 2002 nos autos das Intervenções Federais nºs 2915 e 2953, ajuizadas em desfavor do Estado de São Paulo**. Disponível em: [www.ojs.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/view/56/84](http://www.ojs.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/view/56/84). Acesso em: 03 set. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Tributação no mercado financeiro e de capitais**. São Paulo: Dialética, 1998.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Meios de impugnação á quebra indevida do sigilo bancário. In: SALOMÃO, Heloísa Estellita (Coord.). **Direito penal empresarial**. São Paulo: Dialética, 2001.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Princípio constitucional da capacidade contributiva**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001.

OLIVEIRA, José Jaime de Macedo. **Código tributário nacional: comentários doutrina jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

PACHECO, Ângela Maria da Motta. **Capacidade contributiva**. São Paulo: Resenha Tributária, 1989, (Caderno de Pesquisas Tributárias, 14), n. 287-319.

PAULSEN, Leandro. **Direito tributário constituição e código tributário à luz da doutrina e jurisprudência**. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

REALE, Miguel; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Parecer em consulta da Ordem do Advogados do Brasil**, secção São Paulo. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/noticias>. Acesso em: 01 out. 2007.

RELATÓRIOS da OCDE **Improving Access to Bank Information for Tax Purposes de 24/03/2000 e de 10/07/2007**. Disponível em:

<http://www.oecd.org/publications/e-book/2300034e.pdf>. Acesso em: 01 set. 2008

ROQUE, Maria José Oliveira Lima. **Sigilo bancário e direito à intimidade**. Curitiba: Juruá, 2001.

SALOMÃO, Heloisa Estellita (Coord.). **Direito penal empresarial**. São Paulo: Dialética, 2001.

SAMPAIO, André Serrão Borges de. **Sigilo bancário**. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/ce/EdEspecialNacional/Ed Especial\\_Doutrina\\_int2390.htm](http://www.agu.gov.br/ce/EdEspecialNacional/Ed_Especial_Doutrina_int2390.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2001.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do supremo tribunal federal: limites e possibilidades**. Rio de Janeiro. Lúmen Juris. 2004.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Sigilo Bancário - Relatividade Frente a Fisco. **Repertório IOB de Jurisprudência**, São Paulo, n. 5/1995, mar. 1995.

SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. **Programa Nacional de Fiscalização Integrante da Estratégia Nacional da Fiscalização (ENAF) para o ano de 2008**. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/automaticoSRFSinot>>. Acesso em: 06. jun. 2008.

SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à intimidade**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

SILVA, Eivany Antônio. Considerações a respeito do sigilo de dados. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 61, Dialética, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 13. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1997.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

VALENTE, Christiano Mendes Wolney. **Sigilo Bancário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006.

WALD, Arnaldo. O sigilo bancário no projeto de lei complementar de reforma do sistema financeiro e na Lei Complementar 70. **Ajuris**: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, v. 19, n. 56, 1992.

WALD, Arnold. O sigilo bancário e os direitos fundamentais. **Revista do Tribunais. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, Revista dos Tribunais, nº. 22, 1998.

\_\_\_\_\_. O sigilo bancário no Projeto de Lei Complementar nº 70. **Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n.1, 1992.