

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO FAZENDÁRIA (ESAF)  
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL TRIBUTÁRIO

## **SIGILO BANCÁRIO**

Cristina Rodrigues Leitão Prodanoff

Monografia Final de Especialização em Direito Processual Tributário.

Rio de Janeiro – 2008

Cristina Rodrigues Leitão Prodanoff

## **SIGILO BANCÁRIO**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização à Distância (CEAD) da Universidade de Brasília, em convênio com a Escola de Administração Fazendária, como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Processual Tributário.

Professor Orientador: Beatriz Vargas  
Tutor: Daniel Vila-Nova

Rio de Janeiro – 2008

Cristina Rodrigues Leitão Prodanoff

## SIGILO BANCÁRIO

Monografia apresentada ao Curso de Especialização à Distância (CEAD) da Universidade de Brasília, em convênio com a Escola de Administração Fazendária, como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Processual Tributário.

A Banca Examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à análise da Monografia em nível de especialização e a julgou nos seguintes termos:

Prof. Beatriz Vargas, M.Sc. UNB

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. XXX de XXXXX, xxxx

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. XXX de XXXXX, xxxx

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

MENÇÃO GERAL:

---

Coordenador do Curso:

Prof. M.Sc. Mamede Said Maia Filho

## FICHA CATALOGRÁFICA

Prodanoff, Cristina Rodrigues Leitão.

Sigilo Bancário. [Rio de Janeiro] 2008.

viii, 47 p. 29,7 cm

Orientador: Beatriz Vargas

Monografia (Especialização em Direito Processual Tributário) -  
Universidade de Brasília –UNB / Curso de Especialização à  
Distância em Direito Processual Tributário, 2008.

1. Sigilo Bancário, 2. Lei complementar Nº 105/2001 -  
Monografia. I. Vargas, Beatriz. II. Universidade de Brasília,  
CEAD, Curso de Especialização à Distância em Direito Processual  
Tributário III. Título.

## **AGRADECIMENTOS**

*Agradeço àqueles que dividem comigo a rotina diária e que me doam parte de seu tempo e de suas vidas.*

*A minha família, Jorge, Caio e Diogo.*

Resumo da Monografia apresentada ao Centro de Educação à Distância da Universidade de Brasília como requisito parcial necessário para a obtenção do título de Especialista em Direito Processual Tributário

## SIGILO BANCÁRIO

Cristina Rodrigues Leitão Prodanoff

Março/2008

Orientador: Beatriz Vargas

Tutor: Daniel Vila-Nova

Centro de Educação à Distância da Universidade de Brasília

O Sigilo bancário, no Brasil, corresponde à obrigação imposta às instituições financeiras de “conservar sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados” (art. 1º da Lei Complementar nº 105/2001). Com o advento da Constituição Federal de 1988, parcela majoritária da doutrina, com reflexos na jurisprudência dos Tribunais Superiores, passou a vincular o instituto em questão com a previsão constitucional de resguardo da intimidade e da vida privada e de sujeição de sua quebra à prévia ordem judicial. O objetivo deste trabalho é justamente questionar esta necessidade, qual seja, a necessidade de autorização judicial prévia para que a autoridade administrativa tributária possa proceder ao exame das informações financeiras do contribuinte, ressaltando-se que o interesse público deve prevalecer frente ao interesse do particular, a auto-executoriedade dos atos oriundos do poder de polícia administrativa, o âmbito de proteção mais amplo do sigilo fiscal frente ao sigilo bancário e o princípio da igualdade fiscal.

Palavras-Chave: sigilo bancário, intimidade e vida privada, ordem judicial, interesse público, sigilo fiscal, igualdade.

Abstract of Monograph presented to Center of Distance Education at the University of Brasilia as a partial fulfillment of the requirements for the degree of Expert in Law

## BANKING SECRECY.

Cristina Rodrigues Leitão Prodanoff

March/2008

Advisor: Beatriz Vargas

Guardian: Daniel Vila-Nova

Distance Education Centre of the University of Brasilia

The banking secrecy, in Brazil, is the obligation on financial institutions to "preserve secrecy in its operations active and passive and services" (art. 1 of the Complementary Law No. 105/2001). With the advent of the Federal Constitution of 1988, plot majority of the doctrine, reflected in the jurisprudence of Supreme Courts, has bound the institute concerned with the prediction of constitutional shield of intimacy and privacy and subjection of its fall to the prior order court. The objective of this work is rightly questioning this need, which is the need for prior judicial authorization for the tax administrative authority can proceed to the examination of financial information to the taxpayer, emphasizing that the public interest should prevail front of the interests of particular, self-enforceability of acts from the power of police administrative, the scope of protection of the broader tax secrecy facing the banking secrecy and the principle of equal taxation.

Keywords: banking secrecy, intimacy and privacy, court order, public interest, tax secrecy, equality.

# SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2</b>	<b>O SIGILO BANCÁRIO .....</b>	<b>11</b>
2.1	Conceito.....	11
2.2	Alcance.....	11
2.3	O Sigilo Bancário e a Constituição Federal de 1988.....	12
<b>3</b>	<b>O DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA .....</b>	<b>19</b>
3.1	Conceito.....	19
3.2	O Sigilo Bancário e o Resguardo da Intimidade e da Vida Privada.....	20
<b>4</b>	<b>O SIGILO BANCÁRIO E A PONDERAÇÃO DE INTERESSES.....</b>	<b>24</b>
<b>5</b>	<b>A LEI COMPLEMENTAR N° 105/2001 E A QUEBRA DO SIGILO.....</b>	<b>29</b>
<b>6</b>	<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>43</b>
<b>7</b>	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>45</b>

# 1 INTRODUÇÃO

Pretende-se, neste trabalho, analisar a questão do sigilo bancário sob o enfoque da fiscalização federal, e à luz dos preceitos constitucionais, vale dizer, em consonância com o anseio nacional de construção de uma sociedade justa e solidária, tal como expresso em nosso Texto Constitucional, tendo por núcleo os impostergáveis princípios da dignidade humana, da igualdade e da capacidade contributiva. As implicações do tema são variadas, de modo que o presente trabalho tem como escopo o interesse específico da Fazenda Pública e o estudo da necessidade ou não de autorização judicial para aplicação do disposto nos 5º e 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, que disciplinam a transferência de informações submetidas ao sigilo bancário para a administração tributária da União. Ter-se-á em mente, sobretudo, os valores constitucionais subjacentes aos interesses privados e públicos envolvidos e a idéia de que os direitos fundamentais não são absolutos, de modo que devem ser objeto de ponderação e de harmonização com os demais princípios constitucionais.

Discorre-se, no capítulo inicial, sobre o instituto do sigilo bancário, delineando-se seu conceito e alcance. Ressalta-se a análise dos efeitos da ordem constitucional sobre a concepção vigente do sigilo bancário no âmbito dos nossos Tribunais e da doutrina pátria.

No capítulo posterior, centra-se a atenção no tema do direito à intimidade e à vida privada, acentuando-se a dinâmica e a flexibilidade existente em sua conceituação, considerando-se a pessoa física e a pessoa jurídica.

No capítulo seguinte, realça-se a necessidade de ponderação entre os interesses envolvidos quando da existência de colisão entre princípios constitucionais, ressaltando-se que o interesse público deve prevalecer frente ao interesse do particular, devendo-se adotar um sistema de pesos e medidas, com vistas a encontrar um ponto ótimo, em torno do qual os

princípios possam conviver entre si com a mínima restrição possível.

No capítulo posterior, estudou-se o sigilo bancário à luz dos artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 105, de 10/01/2001, ressaltando-se a natureza restritiva de tais dispositivos frente ao direito à intimidade e à vida privada previsto no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, fundamento jurídico do sigilo bancário. Foi colocada a posição do STF em processos que envolvam a análise das informações financeiras dos cidadãos, e discutiu-se a necessidade ou não da existência de decisão judicial que autorize a quebra do sigilo, considerando-se o poder de polícia e o sigilo fiscal a que estão submetidas as autoridades fazendárias. Discutiu-se, ainda, a respeito da amplitude do que vem a ser o sigilo fiscal e de seu âmbito de proteção sobre o sigilo bancário.

No capítulo final, enfim, são alinhavadas algumas conclusões, sem a pretensão de esgotar ou finalizar os debates acerca de tema tão relevante e rico em questionamentos.

## 2 O SIGILO BANCÁRIO

### 2.1 Conceito

O sigilo bancário, segundo disposição legal, corresponde à obrigação imposta às instituições financeiras "de conservar sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados", configurando infração penal a sua quebra injustificada (cf. art.38, caput, e §7º da Lei nº 4595/64 e arts. 1º e 10 da Lei Complementar nº 105/2000). A doutrina acentua que se trata de um concreto dever de conduta de conteúdo negativo por parte da instituição financeira: abster-se de revelar a terceiros fatos captados por ela no exercício de sua peculiar atividade.<sup>1</sup>

### 2.2 Alcance

No que concerne ao alcance do tema, cabe citar André Terrigno Barbeitas<sup>2</sup>:

O tema possui duas dimensões distintas. A primeira, a vertente de cunho essencialmente civilístico, correspondente às origens históricas do instituto, envolvendo as questões resultantes do resguardo da situação patrimonial dos clientes em face da própria instituição financeira e dos demais indivíduos, em especial os seus familiares, representantes, sócios e sucessores. A outra, de cunho publicista, significou uma atenuação dos rigores da primeira, admitindo-se um regime especial quando as informações bancárias interessarem ao Estado, sobretudo ao Poder Judiciário e ao Fisco.

José Adércio Leite Sampaio<sup>3</sup> chega não só a asseverar que “no mundo inteiro, nota-se uma firme tendência no sentido de ser deferido a órgãos administrativos e quase-jurisdicionais, o poder de quebra do sigilo bancário sempre que necessário às investigações

---

<sup>1</sup> COVELLO, Sergio Carlos. *O sigilo bancário*. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 2001, p.89.

<sup>2</sup> BARBEITAS, André Terrigno. *O Sigilo Bancário e a Ponderação dos Interesses*. Dissertação de mestrado apresentada no programa de pós-graduação em Direito na UERJ, Rio de Janeiro, 2002, p.15.

<sup>3</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à Intimidade e à Vida Privada*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1998, p.531.

criminais, financeiras ou fiscais e inexistirem outros meios menos gravosos”, como acentua que o caráter absoluto do sigilo bancário somente vigora nos chamados paraísos fiscais e no Líbano.<sup>4</sup> Armindo Saraiva Matias<sup>5</sup> também é firme no sentido de que o dever de sigilo bancário “está progressivamente cedendo terreno ao dever de informar perante interesses e valores sociais considerados mais relevantes, designadamente no âmbito do combate ao branqueamento de capitais e à droga”.

### 2.3 O Sigilo Bancário e a Constituição Federal de 1988

O Sigilo Bancário encontra seu fundamento jurídico na Constituição Federal de 1988, mais especificamente em seu art. 5º, inciso X, que prevê o resguardo da intimidade e da vida privada. Nesse mister, cabe citar a lição de André Terrigno Barbeitas<sup>6</sup>:

Com a nova ordem constitucional e o seu extenso rol de direitos individuais e coletivos, o tema teria sofrido uma transmutação, eis que passou da órbita infraconstitucional em que estivera situado até então para a órbita constitucional. Isto em função da previsão constitucional da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando-se o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação (art.5º, inciso X).A partir do advento da Constituição de 1988, parcela amplamente majoritária da doutrina, com reflexo na jurisprudência dos nossos Tribunais, especialmente na do Supremo Tribunal Federal, passou a fazer um silogismo automático do instituto do sigilo bancário com as previsões constitucionais de resguardo da intimidade e da vida privada (art.5º, inciso X) e de sujeição da sua quebra à prévia ordem judicial. Uma parcela minoritária da doutrina, também baseada em decisões do STF, vincula o sigilo bancário ao sigilo de dados previsto no art. 5º, inciso XII, da Magna Carta, devendo sujeitar-se à chamada reserva de jurisdição prevista naquele dispositivo. Na órbita doutrinária verificou-se, majoritariamente, uma integração progressiva com a sedimentação dos julgados dos tribunais. Assim, à medida que os tribunais foram afirmando a reserva de jurisdição no tema do sigilo bancário, os doutrinadores foram reproduzindo as decisões e endossando-as.

Na opinião de Misabel Derzi<sup>7</sup> "... o núcleo essencial do direito à privacidade e à

---

<sup>4</sup> Ibid., p.531, nota 287.

<sup>5</sup> MATIAS, Saraiva Armindo. *Direito Bancário*. Lisboa: Coimbra Editora, 1998, p.89.

<sup>6</sup> BARBEITAS. Op. cit., p.17-18.

<sup>7</sup> DERZI, Misabel. O sigilo bancário, a Lei 9613/98 e a intributabilidade do ilícito. In: *Repertório IOB de Jurisprudência*. São Paulo, IOB, n.13, caderno 3,jul.1980. p.265.

intimidade, de que o sigilo bancário é um mero desdobramento (art.5º, X e XII, da Constituição Federal), configura a liberdade de negação, direito de resistência e de oposição do contribuinte à divulgação dos dados pessoais...". Em idêntico diapasão, Luciana Fregadoli<sup>8</sup>, para quem "o sigilo bancário protege interesses privados. É ele espécie de direito à privacidade, inerente à personalidade das pessoas e que a Constituição Federal consagra no art.5º, X..." e "apenas o Poder Judiciário, por um de seus órgãos, pode eximir as instituições financeiras do dever de segredo em relação às matérias arroladas em lei".

Cid Heráclito Queiroz<sup>9</sup>, por sua vez, salienta que “os extratos e outros demonstrativos bancários, assim como as declarações de renda e de bens, são verdadeiramente retratos da intimidade do cidadão e as coleções desses documentos são como que álbuns reveladores da imagem íntima de cada um, ao longo da vida”. Ives Gandra<sup>10</sup> chega a manifestar o entendimento de que “... nem mesmo a autoridade judiciária poderia determinar a quebra do sigilo de dados, visto que a referência à autorização judicial do art.5º, XII, diz respeito à comunicação telefônica e não ao sigilo de dados...”.

Já Arnoldo Wald<sup>11</sup>, assevera que “... o sigilo bancário encontra proteção constitucional no Direito Brasileiro, dentro dos limites em que se caracteriza como um verdadeiro direito da personalidade, que resguarda os aspectos econômicos do chamado direito à intimidade e à vida privada...”. O mesmo autor conclui em outro artigo que “a melhor jurisprudência entende que não se nega a possibilidade de quebra do sigilo bancário, desde que haja a instauração de processo judicial com o devido processo legal, para que o cidadão possa apresentar sua defesa e fazer valer seus direitos, afastando a arbitrariedade de atos não fundamentados de

---

<sup>8</sup> FREGADOLLI, Luciana. O Direito à intimidade. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 19, p.233-237.

<sup>9</sup> QUEIROZ, Cid Heráclito. O sigilo bancário. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro. Jan/Mar 1995, v.329, p.44.

<sup>10</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. Direitos Fundamentais do Contribuinte. In: *Pesquisas Tributárias, Nova Série - 6*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.67.

<sup>11</sup> WALD, Arnoldo. O Sigilo Bancário no Projeto de Lei Complementar de Reforma do Sistema Financeiro e na Lei Complementar nº 70. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília. n.116, p.234 e 239.

autoridades públicas".<sup>12</sup>

O Supremo Tribunal Federal, em cuja esteira seguem os demais Tribunais, vem, em diversos julgados,<sup>13</sup> não só enquadrando o sigilo bancário como expressão do direito à intimidade - conferindo-lhe, assim, sede constitucional - como ainda reputando-o subsumido à inviolabilidade do sigilo de dados consignada no inciso XII do art. 5º do Texto Constitucional (a exemplo do RE461366/DF, que teve como relator o Ministro Marco Aurélio, em 03/08/2007), de modo a admitir a sua quebra somente mediante ordem judicial ou, excepcionalmente, por determinação das comissões parlamentares de inquérito, eis que dotadas estas, constitucionalmente, dos poderes de investigação próprios das autoridades judiciais (cf. art. 58, § 3º, da CF/88).

No julgamento, por exemplo, da questão de ordem na Petição nº 577 DF,<sup>14</sup> o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, assentou, pelo voto condutor proferido pelo Ministro Carlos Velloso que também fundamentou no direito à privacidade o sigilo bancário, apontando sua característica de direito da personalidade:

O sigilo bancário protege interesses privados. É ele espécie de direito à privacidade, inerente à personalidade das pessoas e que a Constituição consagra (CF, 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 julgamento assinalou o Ministro Celso de Mello que:

A tutela jurídica da intimidade constitui - qualquer que seja a dimensão em que se projete - uma das expressões mais significativas em que se pluralizam os direitos da personalidade. Trata-se de valor constitucionalmente assegurado (CF, art.5º, X),

<sup>12</sup> WALD, Amoldo. Sigilo Bancário e os Direitos Fundamentais. In: *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v.22. p.30.

<sup>13</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Petição nº 577 (Questão de Ordem). rel. Min.Carlos Velloso. 25 mar. 1992. *Revista Trimestral de Jurisprudência*. v.148. p. 366-379.; Inquérito nº 897(AgRg) - DF. rel. Min. Francisco Rezek, 30 ago.1995. *Revista Trimestral de Jurisprudência*. v.157. p.44.; Reclamação nº 511-PB. rel. Min. Celso de Mello. 09 fev. 1995. *Revista Trimestral de Jurisprudência*. v.166. p. 785.; Recurso Extraordinário nº 215.301-0/CE. rel. Min. Carlos Velloso. 23 abr. 1999. *Diário da Justiça* 28 mai. 1999. p. 24.; Mandado de Segurança nº 21729-4/DF. rel. Min. Francisco Rezek. 30 ago. 1995. *Diário M Justiça* 05 set. 1995.

<sup>14</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência*. v. 148. p. 366-379.

cuja proteção normativa busca erigir e reservar, em favor do indivíduo - e contra a ação expansiva do arbítrio do Estado - uma esfera de autonomia intangível e indevassável pela atividade persecutória do Poder Público, apta a inibir e a vedar o próprio acesso dos agentes governamentais.

(...)

A quebra do sigilo bancário - ato que, por si só, revela extrema gravidade jurídica - situa-se nesse contexto, em que valores contrastantes - como o princípio da autoridade, de um lado, e o postulado das liberdades públicas, de outro - guardam, entre si, nítidas relações de tensão dialética.

Impõe-se, portanto, que os agentes da *persecutio criminis* submetam-se à atuação moderadora e arbitral do Poder Judiciário, cujos órgãos, ponderando os interesses que se antagonizam, permitam ou não, o acesso das autoridades policiais às informações concernentes às operações, ativas e passivas, realizadas pelas pessoas sob investigação com as instituições financeiras.

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.

Sem elementos fundados de suspeita, como a existência de indícios idôneos e reveladores de possível autoria de prática delituosa, não há como autorizar a disclosure das informações bancárias reservadas.

A esta se seguiram muitas outras manifestações do Pleno Supremo Tribunal Federal no sentido de que o sigilo bancário serve à proteção da esfera da intimidade e privacidade das pessoas. Entretanto, importante salientar que no julgado da Pet. N° 577 QO – DF os Ministros Célio Borja, Néri da Silveira e Marco Aurélio fundamentaram o sigilo bancário também no inciso XII, artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, ou seja, no “sigilo de dados”, mas que essa não foi a posição predominante. A doutrina que hoje predomina no STF é a de que o sigilo bancário representa projeções específicas do direito à intimidade e à vida privada, fundado no inciso X, artigo 5º, da Carta Política. Ressalte-se que esta última interpretação é a mais acertada, já que o sigilo da comunicação de dados se presta a tutelar a comunicação privativa e não os dados armazenados. Segundo Christiano M W Valente<sup>15</sup>, o “sigilo de dados somente tutela os informes bancários se estiver em jogo a intervenção em uma relação

---

<sup>15</sup>

VALENTE, Christiano M W. *Sigilo bancário: Obtenção de Informações pela Administração Tributária Federal*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2006, p.99.

comunicacional via processamento de dados onde tais elementos estejam sendo transmitidos.”

Nesse mister, há que se ressaltar que não há qualquer referência explícita no inciso XII, artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, ao sigilo bancário. A corrente que defende que o sigilo bancário tem como fundamento jurídico tal dispositivo constitucional apegou-se à expressão “sigilo de dados” para fins de inclusão do sigilo bancário.

Cabe citar o pensamento de Alexandre de Moraes<sup>16</sup>:

(...) O preceito que garante o sigilo de dados engloba o uso de informações decorrentes da informática. Essa nova garantia necessária em virtude da existência de uma nova forma de armazenamento e transmissão de informações deve coadunar-se com as garantias de intimidade, honra e dignidade humanas, de forma a impedir-se as interceptações ou divulgações por meios ilícitos. (...).

Acresça-se, ainda, em reforço à ausência de qualquer previsão quanto ao sigilo bancário no inciso XII, do artigo 5º, da Magna Carta, que a dicção do dispositivo constitucional (“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”) só admitiria a quebra da inviolabilidade do sigilo em relação às comunicações telefônicas visto que a referência à ordem judicial está relacionada somente ao “último caso” referido no dispositivo, ou seja, exatamente às comunicações telefônicas. Assim, se realmente a comunicação de dados abrangesse o sigilo bancário, nem por ordem judicial poderia ele ser quebrado.

Dos mesmos argumentos desfruta o Exmo Sr. Ministro Nelson Jobim, com a autoridade de quem participou da Assembléia Nacional Constituinte, que afirmou, relativamente ao inciso XII do art. 5º da Constituição Federal:<sup>17</sup>

(...) se tivesse alguém naquele momento em que discutia o tema buscado a discussão legislativa à época da Assembléia Nacional Constituinte, (...) se disse lá muito

---

<sup>16</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Editora Atlas, 2000, p. 146.

<sup>17</sup> Este posicionamento do Ministro foi reafirmado por ocasião de seu voto no julgamento do RE nº 219.780/PE, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 10.09.99, pg. 23.

claramente o que se estava protegendo. Estava-se protegendo a comunicação, o ato comunicacional é que se protegia e não o resultado do ato comunicacional. O que era absolutamente proibido e é absolutamente proibido pelo inciso XII, nem mesmo por autorização judicial, é a quebra da comunicação por correspondência, é a quebra da comunicação telegráfica, é a quebra da comunicação de dados, mas não está se protegendo o dado, ou seja, o resultado da comunicação. O que se veda é que alguém intercepte a correspondência, é que alguém intercepte a comunicação telegráfica, é que alguém intercepte a comunicação de dados. Mas o texto constitucional autorizou a interceptação de uma delas só, que é a interceptação telefônica. Esta foi autorizada. Por que não autorizou as outras? Por uma razão muito simples e muito clara à época em que discutia o texto em 1988. É porque das quatro comunicações a telefônica é a única que não deixa vestígios, em que o resultado da comunicação desaparece instantaneamente, porque não fica registro. Da comunicação por correspondência fica a correspondência, da comunicação por telégrafo fica o telegrama, da comunicação de dados ficam os dados, da comunicação telefônica não fica nada, só fica o registro de que Nelson ligou para Everardo e conversou com ele durante três minutos, mas do conteúdo da comunicação telefônica não fica registro. É por isso, exclusivamente por isso que o texto constitucional autoriza e única e exclusivamente a interceptação da comunicação telefônica autorizada pelo juiz. Única e exclusivamente isto. O resto não há o que mais interceptar-se porque há o registro, remanesce o seu resultado, que é a correspondência, o telegrama e o dado.

Assim, o art. 5º, em seu inciso XII, não trata de “sigilo de dados”, mas de “sigilo das comunicações de dados”, o que se pode concluir pela leitura e interpretação do dispositivo, que trata de formas de comunicação entre os indivíduos, seja via carta, telex, computador (*intranet ou internet*) ou telefone, de modo que inviolável é o “sigilo da comunicação que se dá mediante o processamento de dados”. Portanto, tem-se que o preceito proibitivo aplica-se à intervenção de terceiro na ação comunicativa. Além disso, a expressão “dados” deve ser interpretada em consonância com os demais sujeitos da frase e estes se referem a meios de comunicação: correspondência, comunicações telegráficas e comunicações telefônicas, o que nos leva, por congruência, à comunicação mediante o chamando processamento de dados. Nessa linha de entendimento pode-se citar julgado do STF no recurso extraordinário RE418416/SC, data de julgamento 10/05/2006, que teve como relator o Ministro Sepúlveda Pertence<sup>18</sup>.

Dessa forma, entende-se que essa é a doutrina mais acertada, de modo que o sigilo de

---

<sup>18</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE nº 418.416 / SC. Tribunal Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 10 mai. 2006. Diário da Justiça 19 dez. 2006. p. 29. Em seu voto, o Sr. Min. Sepúlveda Pertence asseverou que “a proteção a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição, é da ‘comunicação de dados’ e não os ‘dados’, o que tornaria impossível qualquer investigação administrativa, fosse qual fosse”. Nesse mesmo sentido, também proferiu seu voto no MS nº 21.729 / DF, Tribunal Pleno, 05 out. 1995.

dados tem como bem jurídico tutelado a própria relação comunicacional privativa via processamento de dados, a ela não se aplicando a parte final do disposto no inciso XII do art. 5º da CF de 1988. Tal sigilo da comunicação de dados não se confunde, portanto, com o sigilo bancário, garantia constitucional conexas ao direito à intimidade e à vida privada e proveniente da liberdade de ocultar informações, encontrando respaldo constitucional no art. 5º caput, inciso X e parágrafo 2º.

### 3 O DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA

#### 3.1 Conceito

Cabe, de início, conceituar os termos privacidade e vida privada, ressaltando-se que a doutrina faz a distinção entre ambos, havendo, no entanto, doutrinadores que entendem que tais institutos se confundem.

Cite-se, por exemplo, René Ariel Dotti<sup>19</sup> que, muito embora aponte a diferença entre intimidade e vida privada, tendo aquela por algo diverso e menos amplo que esta, emprega indistintamente as duas terminologias. Alega para isto que o direito tutelado merece tratamento no sentido ampliativo de seu conteúdo por caracterizar-se como liberdade pública, tomando também por intimidade aquilo que seja vida privada.

Já Edson Ferreira da Silva<sup>20</sup> faz uso do termo intimidade para tratar indistintamente de ambos os bens jurídicos tutelados dada à (...) “extrema dificuldade de se formular uma boa definição para algo de conteúdo tão impreciso, mutável, inconstante e diversificado, porque subordinado aos costumes e aos valores sociais, que se diferenciam em cada época e lugar”.

Diferentemente do posicionamento dos autores citados, grande parte da doutrina prefere empregar o termo intimidade como uma esfera mais restrita da vida privada. Veja-se a respeito o posicionamento do douto jurista Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>21</sup>:

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

---

<sup>19</sup> DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, pg. 68-69.

<sup>20</sup> SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, pg. 37.

<sup>21</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites a função fiscalizadora do Estado*. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/ce/EdEspecialNacional/EdEspecial\\_Doutrina\\_Tercio.htm](http://www.agu.gov.br/ce/EdEspecialNacional/EdEspecial_Doutrina_Tercio.htm)>

lo: o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis de pudor pessoal, o segredo íntimo cuja mínima publicidade constrange. Já a vida privada envolve a proteção de formas exclusivas de convivência. Trata-se de situações em que a comunicação é inevitável (em termos de relação de alguém com alguém que, entre si, trocam mensagens), das quais, em princípio são excluídos terceiros. Terceiro é, por definição, o que não participa, o que não troca mensagens, que está interessado em outras coisas. Numa forma abstrata, o terceiro compõe a sociedade, dentro da qual a vida privada se desenvolve, mas que com esta não se confunde. A vida privada pode envolver, pois, situações de opção pessoal (como a escolha do regime de bens no casamento) mas que, em certos momentos, podem requerer a comunicação de terceiros (na aquisição, por exemplo, de um bem imóvel). Por aí ela difere da intimidade, que não experimenta esta forma de repercussão.

Ressalte-se que “vida privada” é conceito que deve ser entendido em oposição à vida pública, da qual todos podem tomar conhecimento ou participar. Trata-se de uma esfera de exclusão, mas não de uma esfera de exclusão íntima, particular. Segundo Christiano M W Valente<sup>22</sup>, “Direito à vida privada é o direito de manter o acesso a esta vida social restrito aos grupos e pessoas que dela fazem parte” e “Direito à intimidade é o direito que permite subtrair-se a personalidade de alguém, de maneira física ou psíquica, da exposição em relação à esfera da vida pública e à esfera da vida privada”.

Dessa forma, intimidade seria tudo aquilo dentro da vida privada que não pode ser compartilhado por um grupo, mesmo que este faça parte da vida privada do cidadão, se não for do seu desejo, pois é algo que diz respeito aos seus sentimentos, convicções e personalidade, é aquela esfera interna, íntima, que o indivíduo prefere ocultar e guardar para si.

### **3.2 O Sigilo Bancário e o Resguardo da Intimidade e da Vida Privada**

Tais considerações a respeito dos conceitos de vida privada e intimidade ganham relevância com a concepção de que o sigilo bancário, com a abrangência que lhe foi conferida

---

<sup>22</sup> VALENTE, Op. cit. p.62.

pelo Supremo Tribunal Federal, encontra o seu fundamento nos direitos da personalidade (dignidade da pessoa humana) como uma manifestação do resguardo do direito à intimidade dos indivíduos. Os que a defendem asseveram que o homem afirma a própria personalidade através de seus bens materiais, sendo que o seu patrimônio interfere na sua projeção social e, assim, projeta a sua personalidade.<sup>23</sup>

Entretanto, ainda que enquadrável o sigilo bancário no âmbito do resguardo do direito à intimidade, ter-se-ia que distinguir entre as informações afetas ao círculo pessoal e familiar do indivíduo e aquelas outras decorrentes das suas relações com terceiros - por sinal, comumente muito mais numerosas - que não guardassem conexão com aquela esfera nuclear do ser humano.

Carlos Victor Muzzi Filho<sup>24</sup> faz uma crítica incisiva aos argumentos jurídicos a favor da oponibilidade do sigilo bancário, afirmando que “... não é correto dizer que o sigilo bancário seja manifestação dos chamados 'direitos da personalidade', do 'direito à intimidade', a não ser que se amplie ao infinito os conceitos de 'personalidade' e 'intimidade', de tal maneira que eles se tornem absolutamente amórficos”.

Cabe também a transcrição do trecho do voto do Ministro Francisco Rezek no julgamento do Mandado de Segurança nº 21.729-4 (DF), reproduzindo parecer do Ministério Público Federal:

Não obstante essa repercussão mais ampla, o núcleo da *privacy* situa-se na esfera das convicções íntimas do indivíduo, como as religiosas e políticas, nas relações de convivência familiar e afetiva, nos bons costumes sexuais, hábitos, dados clínicos, enfim naquele reduto que não se exteriorize no âmbito da vida pública. (...) que a locução "vida privada" sempre exprimiu o contraste claramente detectado pelo senso comum, que opõe o privado ao público, e que se agrega a um conjunto constituído em torno da idéia de família, de casa, de interior.(...)

Assim, os dados bancários concernentes a pagamentos de compra de imóveis, os financiamentos para aquisição de casa própria ou os financiamentos públicos para o

<sup>23</sup> COVELLO. Op. cit. p.161.

<sup>24</sup> MUZZI P, Carlos Victor. Fiscalização tributária, sigilo bancário, direitos fundamentais e a Constituição de 1988. In *Revista Jurídica da Procuradoria Geral da Fazenda Estadual*. n. 25. Belo Horizonte: Procuradoria Geral da Fazenda Estadual. p. 11.

desenvolvimento de atividades produtivas são alguns dos exemplos de informações que não se inserem no núcleo irredutível da privacidade. (...) (grifo nosso)<sup>25</sup>

De fato, mostra-se forçoso inserir aquela parcela - comumente a mais ponderável - da movimentação bancária - que não possui qualquer relação com a esfera íntima e privada do indivíduo - na idéia de dignidade humana que dá justificativa à proteção constitucional. Assim como equiparar, sem maiores questionamentos, as corriqueiras trocas de ativos financeiros que o indivíduo inserido no mercado consumidor pratica, visando às aquisições de mercadorias e serviços, com a noção de dignidade do ser humano. Crê-se que nem sempre que se adquire um bem de consumo qualquer, mediante a transferência de ativos financeiros, o indivíduo estará projetando a sua personalidade de tal forma que se justifique a tutela do sigilo bancário como expressão da proteção constitucional do resguardo à intimidade e à vida privada. Mesmo que assim fosse, teriam que ser sopesados outros interesses atinentes à vida em comunidade.

André Terrigno Barbeitas<sup>26</sup> admite o risco de uma ingerência indireta ou reflexa no âmbito da vida privada quando da quebra do sigilo bancário e entende que a par de os servidores públicos estarem obrigados, por lei, à manutenção do sigilo das informações obtidas no exercício da função, o que inibiria o risco de a informação vir a tornar-se inteiramente pública, é preciso considerar que determinados contribuintes têm o dever de declarar os seus rendimentos e pagamentos ao Fisco.

Por conta do sigilo fiscal a que estão submetidas às autoridades fiscais, se as informações bancárias reservadas são licitamente acessíveis pelo profissional do Fisco, esta pessoa, por sua vez, resta obrigada a manter as informações obtidas dentro da esfera à qual teve acesso, sob pena de responsabilidade funcional e penal.

O tema revela-se ainda mais sujeito a questionamentos quando se sabe que o instituto

---

<sup>25</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança nº 21.729-4. Tribunal Pleno, rel. Min. Francisco Rezek, 30 ago. 1995. Diário da Justiça 05 set. 1995. p. 28020-28021.

<sup>26</sup> BARBEITAS. Op. cit., p.72.

do sigilo bancário protege, indistintamente, tanto as movimentações financeiras das pessoas físicas, quanto das jurídicas, já que no campo específico do sigilo bancário não só os artigos 38 da Lei n° 4.595/1964 e 1° da Lei Complementar n° 105/2000 não estabeleceram qualquer restrição, como, ainda, o Supremo Tribunal Federal não costuma estabelecer distinção entre pessoas físicas e jurídicas para fins de sua proteção. Em outras palavras, se já não é fácil estabelecer uma constante vinculação entre qualquer movimentação bancária promovida pelos indivíduos com a noção de dignidade da pessoa humana, esta correspondência se torna ainda mais difícil quando se tratar de pessoa jurídica.

Interessante, entretanto, a posição defendida por Sérgio Carlos Covello<sup>27</sup>, in verbis:

É inegável, primeiramente, que as pessoas jurídicas têm uma vida interior que deve ser permanecer imune às indiscrições alheias. Elas possuem, na verdade, uma esfera de reserva que compreende fatos que só interessam a elas e, por isso, desejam ocultar, v.g., decisões administrativas, esquemas operacionais, projetos e até as intrigas de diretoria que se travam interna corporis.

A doutrina defendida por Sérgio Carlos Covello encontra hoje respaldo no artigo 52 da Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (novo Código Civil): “Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”.

Dessa forma, entende-se que as pessoas jurídicas possuem vida privada, sendo titulares desse direito. Nesse mister, pode-se citar os chamados segredos industriais e/ou comerciais, estratégias de *marketing*, enfim, tudo aquilo que diz respeito à atividade e decisões da empresa e que se deseja manter oculto, por exemplo, da concorrência, devendo ficar restrito a seletos grupos de profissionais dentro da própria empresa. Entretanto, não há que se falar em pessoas jurídicas com direito à intimidade, pois esta requer atributos essencialmente humanos.

---

<sup>27</sup>

COVELLO. Op. cit. p.103.

## 4 O SIGILO BANCÁRIO E A PONDERAÇÃO DE INTERESSES

No capítulo anterior, estudou-se a importância e o significado das previsões constitucionais de resguardo da intimidade e da vida privada, direitos fundamentais elencados no inciso X, artigo 5º, da Constituição Federal, decorrentes do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Contudo, é importante salientar que os princípios constitucionais não podem e não devem ser interpretados de forma absoluta e isolada, sob pena de confrontar, no caso concreto, outros princípios constitucionais. Nesse mister, ponto marcante dos julgados das Cortes Constitucionais é o de que o direito à privacidade “termina onde começa o legítimo interesse público”<sup>28</sup>, na linha, aliás, do contido no art. 8º da Convenção Européia dos Direitos do Homem:

1 - Toda pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, de seu domicílio e de sua correspondência.

2 - Não pode haver interferência de uma autoridade pública no exercício deste direito, a menos que esta ingerência seja prevista em lei e constitua uma medida que, em uma sociedade democrática, é necessária à segurança nacional, ao bem-estar econômico do país, à defesa da ordem e à prevenção de infrações penais, à proteção da saúde ou da moral, ou à proteção dos direitos e das liberdades alheias.

A construção de uma sociedade justa e solidária constitui um dos objetivos fundamentais da República (artigo 3º, inciso I, da CF), tendo esta como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da CF), cumprindo, pois, congregando todos os esforços com vistas a erradicar a pobreza e a marginalização (artigo 3º, inciso III, da CF). Assinala, a propósito, Daniel Sarmiento<sup>29</sup> que:

O Estado tem não apenas o dever de se abster de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, como também o de promover esta dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território. O homem tem a sua dignidade aviltada não apenas quando se vê privado de alguma das suas liberdades fundamentais, como também quando não tem acesso à

---

<sup>28</sup> SAMPAIO. Op. cit. p.96.

<sup>29</sup> SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p.71.

alimentação, educação básica, saúde, moradia, etc.

Se o sistema tributário brasileiro negar efetividade ao princípio da capacidade contributiva (art.145, § 1º, da CF/88) acabará por possibilitar à parcela mais rica da população a subtração dos recursos financeiros que poderiam, em tese, vir a efetivar a promoção da dignidade humana e erradicação da pobreza e da marginalização. Tal fato acabaria por comprometer as concepções de cidadania, de desenvolvimento e de Estado de Direito. Afinal, expressão do dever de cidadania multidimensional, na visão de Ricardo Lobo Torres<sup>30</sup>: "o dever de pagar tributos surge com a própria noção moderna de cidadania e é coextensivo à idéia de Estado de Direito". A cidadania, por seu turno, é informada pela idéia de solidariedade que fundamenta os direitos fundamentais e os sociais - estes "são usufruídos solidariamente porque sustentados por deveres de solidariedade"<sup>31</sup>, dentre os quais o de pagar tributos.

Tanto assim que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembléia Geral da ONU em 10 de dezembro de 1948, dispõe no seu art. 29, nº 1, que "toda a pessoa tem deveres para com a comunidade, pois só nela pode desenvolver livre e plenamente a sua personalidade".

Neste contexto paradoxal, assume relevância o princípio da capacidade contributiva, o qual, diante do direito à intimidade e à vida privada, decorrente do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e, frente à questão do sigilo bancário, leva a uma colisão entre princípios, em que o segundo deve ceder diante do primeiro, com base na prevalência do interesse público sobre o privado. Entretanto, o fato de determinado princípio ceder a outro não significa que se torne inválido.

---

<sup>30</sup> TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania.Multidimensional na Era dos Direitos. In: *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 312.

<sup>31</sup> TORRES. Ibid., p. 311.

Confiram-se as palavras de Robert Alexy<sup>32</sup>:

Cuando dos principios entran em colisión - tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido - uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esta no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios - como sólo pueden entrar en colisión principios válidos - tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.

Haveria, assim, a necessidade de uma “calibragem” entre os princípios e não a rejeição, pura e simples, de um deles.<sup>33</sup> À luz da situação concreta, cumpriria ao intérprete aferir o peso específico que deve ser atribuído a cada cânone constitucional em tensão, visando alcançar um ponto ótimo, em que a restrição a cada bem seja a mínima indispensável à sua convivência com o outro.<sup>34</sup> Como não existe um critério abstrato que determine a prevalência de um dos princípios em foco, Luís Roberto Barroso<sup>35</sup>, após acentuar que as concessões recíprocas devem ocorrer “à vista do caso concreto”, assinala que "o legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional".

O mesmo autor giza que os balizamentos do legislador “devem ser o princípio da razoabilidade e a preservação, tanto quanto possível, do núcleo mínimo do valor que esteja cedendo passo”, sendo que a solução a ser buscada deve ter por norte a “que melhor atende o ideário constitucional na situação apreciada”.

Ricardo Lobo Torres<sup>36</sup> bem sintetiza a problemática atinente à antinomia entre

<sup>32</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 89

<sup>33</sup> SARMENTO, Daniel. Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In: *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 52.

<sup>34</sup> Ibid. pp. 55-56.

<sup>35</sup> BARROSO. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 358, p. 107.

<sup>36</sup> TORRES, Ricardo Lobo. Liberdade, segurança e justiça no Direito Tributário. In: *Justiça Tributária: direitos do fisco e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no processo tributário*. 1998, p.682.

princípios:

A teoria da interpretação vem demonstrando, nas últimas décadas, que a aplicação dos princípios constitucionais aos casos concretos deve ser precedida da sua ponderação diante dos interesses em jogo, a fim de que se evitem as antinomias entre eles, de difícil superação no ordenamento democrático. Enquanto a aplicação das regras jurídicas se funda em argumentação binária, em que uma regra corrige ou revoga a que lhe contradiz, a dos princípios se baseia na ponderação, de tal forma que, em determinadas situações, um princípio apresenta peso menor que o de outro que se ajusta melhor ao caso, sem daí se poder concluir pela superioridade de qualquer deles. Os princípios constitucionais vivem em equilíbrio e na permanente busca da harmonia.

É certo que no campo dos direitos fundamentais a ponderação dos interesses há de preservar aquele conteúdo nuclear mínimo destes direitos. Não obstante, há os que preconizam o caráter absoluto deste conteúdo essencial, delimitável abstratamente e que não pode ser invadido em nenhuma hipótese<sup>37</sup>, enquanto outros, adeptos de uma concepção relativista, sustentam que este núcleo deve ser balizado em função do caso concreto e à luz da ponderação de interesses.<sup>38</sup> Canotilho<sup>39</sup>, por exemplo, constata que "a segurança existencial do Estado é um bem legitimador de importantes restrições aos direitos fundamentais" e que "o bem 'ordem constitucional democrática' pode levar à suspensão do exercício de certos direitos fundamentais".

Nesse passo, também a lição de Bobbio<sup>40</sup>:

Dois direitos fundamentais, mas antinômicos, não podem ter, um e outro, um fundamento absoluto, ou seja, um fundamento que torne um direito e o seu oposto, ambos, inquestionáveis e irresistíveis. Aliás, historicamente, a ilusão do fundamento absoluto de alguns direitos estabelecidos foi um obstáculo à introdução de novos direitos... O fundamento absoluto não é apenas uma ilusão; em alguns casos, é também um pretexto para defender posições conservadoras...

Em estreito vínculo com o método da ponderação dos interesses assume importância o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade como um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público, levando-se em conta não só os motivos (circunstâncias de fato), os meios e

<sup>37</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992, p.633, ap. SARMENTO, Daniel. Princípios... op. cit. p.61.

<sup>38</sup> ALEXY. Op.cit., p. 286 e seguintes, ap. SARMENTO, Daniel. Princípios... op.cit. p.61.

<sup>39</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1139.

<sup>40</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992 p.20.

os fins a serem atingidos como, ainda, os valores fundamentais da organização estatal, explícitos ou implícitos, como a ordem, a segurança, a paz, a solidariedade.<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 206.

## 5 A LEI COMPLEMENTAR N° 105/2001 E A QUEBRA DO SIGILO

Seguindo a linha de raciocínio do capítulo anterior, sabe-se que, no conjunto de medidas do governo para enrijecer a fiscalização tributária, foi publicada a Lei Complementar n° 105, de 10 de janeiro de 2001. Tal lei, tratando exclusivamente sobre sigilo bancário, assim dispôs:

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, obedecerão às normas aplicáveis às instituições financeiras previstas no § 1º.

§ 3º **Não constitui violação do dever de sigilo:**

(...)

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

(...)

Art. 5º **O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.**

(...)

§ 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 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.**

Art. 12. Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 13. Revoga-se o art. 38 da Lei no 4.595, de 31 de dezembro de 1964. (grifo nosso)

Da leitura dos artigos 5º e 6º da LC nº 105/2001, verifica-se que a prestação de informações à administração tributária, na forma desses dispositivos, restringe o âmbito de proteção da garantia do sigilo bancário, o que legitima, nesse mister, a caracterização de tal norma como de natureza restritiva. Tal restrição ocorre quando são adotadas pelo legislador normas que: “(...) limitam ou restringem posições que, *prima facie*, se incluem no domínio de proteção dos direitos fundamentais”.<sup>42</sup> São as normas legais restritivas.

Pode-se classificar uma norma como restritiva se ela limita ou exclui posições jurídicas do âmbito de proteção do direito já vislumbrado. Segundo Mendes<sup>43</sup>, trata-se da chamada

<sup>42</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição*. 5º ed. Coimbra: Almedina, 2002, p.1.247

<sup>43</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: MENDES, G. F., COELHO, I. M. e BRANCO, P. G. G. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, 3º parte, p. 224-225.

teoria externa das restrições aos direitos individuais, segundo a qual a restrição não está contida no direito individual e sim lhe é exterior, oriunda da necessidade de compatibilização entre os direitos individuais e os bens coletivos, sendo decorrência lógica da compreensão dos Direitos Fundamentais como princípios.

Conforme Gilmar Ferreira Mendes<sup>44</sup>, Suzana de Toledo Barros<sup>45</sup> e J.J. Gomes Canotilho<sup>46</sup>, para efeito de classificação, estas restrições dividem-se em três tipos distintos, todos com fundamento na Constituição, ainda que mediato:

- a) restrição imediata: é aquela que tem por fonte formal expressa a própria Constituição, o dispositivo constitucional estabelece o direito e imediatamente após estabelece a sua restrição;
- b) restrição mediata: tem por fonte formal lei ordinária autorizada expressamente pela Constituição através do uso da expressão ‘nos termos da lei’ ou equivalentes;
- c) restrição mediata sem autorização expressa da Constituição para a edição de lei restritiva: também chamada de restrição implícita ou limites imanentes, são restrições que derivam do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais e da natureza conflitante de todas as normas constitucionais, já que de origem dialógica. Narra Gilmar Ferreira Mendes<sup>47</sup> que tal modalidade de restrição encontra amparo no art. 5º, II, da Constituição da República Federativa do Brasil (princípio da reserva legal), além de ser já consagrado no direito comparado. Cita, por exemplo, o julgado BverfGE 28, 243 do Tribunal Constitucional alemão que permite a restrição de direitos individuais quando em choque com valores de hierarquia também constitucional, *in verbis*:

Apenas a colisão entre direitos de terceiros e outros valores jurídicos com hierarquia constitucional pode excepcionalmente, em consideração à unidade da Constituição e à sua ordem de valores, legitimar o estabelecimento de restrições a direitos não

---

<sup>44</sup> Ibid. pp. 227 e ss.

<sup>45</sup> BARROS, Susana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 158.

<sup>46</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e a Teoria...* Op. cit., p.1.258 e ss.

<sup>47</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Os direitos individuais...* Op. cit., p. 240.

submetidos a uma expressa reserva legal.

Nesse mister, retomando o conteúdo dos artigos 5º e 6º, da LC nº 105/2001, “trata-se de verdadeiro limite imanente da garantia constitucional do sigilo bancário, na medida em que expedida em nome de bem comunitário relevante com amparo constitucional (justa distribuição da carga tributária) e que não deriva de autorização constitucional expressa para a edição de lei restritiva aos direitos à intimidade e vida privada (art. 5º, X, da CF 88).”<sup>48</sup>

Entretanto, importante salientar que a lei restritiva de direitos deve obedecer determinados limites, de modo que a obediência a esses limites trata-se de verdadeiro teste de constitucionalidade a que se submetem as normas restritivas de direitos fundamentais. Tais limites relacionam-se com o princípio de proteção do núcleo essencial e com o princípio da proporcionalidade.

A respeito do princípio da proteção do núcleo essencial, discorre Gilmar Ferreira Mendes<sup>49</sup> que, com o intuito de evitar o perigo do esvaziamento dos direitos de liberdade pela ação do legislador infraconstitucional, a doutrina alemã criou o artifício de limitar a atuação do legislador na restrição dos direitos fundamentais através da fixação de um mínimo irreduzível, além do qual o legislador não poderia ir. Esse mínimo irreduzível seria o núcleo essencial do direito.

Um exemplo que se poderia dar para essa limitação, adotando o conflito das normas constitucionais atinentes à segurança pública e ao direito à vida, seria a impossibilidade de adoção de pena de morte, tendo em vista que esta ataca o núcleo essencial do direito à vida.

No que concerne ao princípio da proporcionalidade, Luis Roberto Barroso<sup>50</sup> afirma que o referido princípio é uma das principais fontes da expressiva jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos nos últimos dois séculos.

---

<sup>48</sup> VALENTE. Op. cit., p.192

<sup>49</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais...Op. cit., p. 241.

<sup>50</sup> BARROSO. Interpretação... Op. cit., p. 198.

Do princípio da proporcionalidade extraem-se os requisitos (a) da adequação, consoante o qual as medidas adotadas pelo Poder Público devem mostrar-se aptas a atingir os objetivos visados; (b) da necessidade ou da exigibilidade, impondo a aferição da ausência de meio menos gravoso para o atingimento dos fins visados; e (c) da proporcionalidade em sentido estrito, exprimindo a ponderação entre o ônus decorrente do ato e o benefício trazido, para verificar se justifica a interferência na esfera dos direitos do cidadão.<sup>51</sup>

No Brasil, o princípio da proporcionalidade já foi utilizado pelo STF em vários julgamentos<sup>52</sup>, e, segundo Christiano M. W. Valente<sup>53</sup>, “encontra respaldo constitucional no art. 5º, LIV, ou no art. 5º, parágrafo 2º, e embasamento infraconstitucional no art. 2º da Lei nº 9.784/99 e anexo I do Decreto nº 4.176/2002”.

Analisando-se o caso a que se propôs estudar, e centrando o estudo especificamente na Lei Complementar nº 105/2001, percebe-se que os artigos 5º e 6º de fato restringem o direito ao sigilo bancário decorrente do direito à intimidade e à vida privada (artigo 5º, inciso X, da CF) e do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da CF). Importante verificar, assim, se tal norma restritiva obedece aos princípios da proteção ao núcleo essencial e da proporcionalidade.

Segundo Christiano M. W. Valente<sup>54</sup>, o núcleo essencial do direito é respeitado pela norma:

Com efeito, a própria norma estatui a existência do sigilo bancário antes de abrir-lhe exceções (art. 1º). Outrossim, além do fato de que as informações transferidas ao Fisco ainda permanecem sob sigilo (agora transmutado em sigilo fiscal), também podem ser colhidos na norma dispositivos que implicam a responsabilidade civil e penal em virtude da divulgação da informação obtida (arts. 10 e 11), deixando claro que a intimidade e a vida privada (bens jurídicos tutelados), bem como a liberdade de negação (valor e fundamento lógico-jurídico), ainda subsistem, na medida em que as informações não passam da restrita esfera da privacidade para a ampla esfera

---

<sup>51</sup> Ibid., p. 209.

<sup>52</sup> Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.407 – DF, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno; HC nº 76.060-SC, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma; Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855 – PR, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno.

<sup>53</sup> VALENTE. Op. cit., p.240

<sup>54</sup> Ibid, p.194-195.

da publicidade.

No que concerne aos requisitos da adequação da proporcionalidade em sentido estrito, inerentes ao princípio da proporcionalidade, tais requisitos estão presentes, uma vez que a quebra do sigilo bancário é medida perfeitamente apta a garantir à fiscalização tributária o conhecimento de parcela do patrimônio eventualmente oculta pelo contribuinte, com vistas a dar efetividade ao princípio da capacidade contributiva; bem como o interesse público justifica o benefício trazido com a utilização da medida, de modo que é interesse da sociedade que cada qual contribua para os cofres públicos de forma justa, dentro e na medida de sua capacidade contributiva.

De análise aos julgados do STF, percebe-se que não há dissenso com relação à obediência a esses limites pela LC n° 105/2001, pois aquele Tribunal, mesmo antes da edição referida da lei, já entendia que “em nosso país, o regime das liberdades públicas ostenta caráter meramente relativo. Não assume, nem se reveste de natureza absoluta. Cede, por isso mesmo, às exigências impostas pela preponderância axiológica e jurídico-social do interesse público”.<sup>55</sup> No entanto, resta evidente que o dissenso se dá com relação à obediência ao requisito da “necessidade ou exigibilidade”, que impõe a adoção do meio menos danoso aos direitos individuais, haja vista que tanto a doutrina (parcela amplamente majoritária)<sup>56</sup> quanto o STF<sup>57</sup> costumam apontar para a necessidade de instauração de processo judicial para a

<sup>55</sup> Conforme voto do Sr. Ministro Celso de Mello no Inq897-AgR/DF, de 23/11/1994, que teve como relator o Sr. Ministro Francisco Rezek. Decidiu o Plenário, por maioria de votos, que a quebra do sigilo bancário não afronta o art. 5º, incisos X e XII, da Constituição.

<sup>56</sup> DERZI, Misabel. O sigilo bancário, a Lei 9613/98 e a intributabilidade do ilícito. In: *Repertório IGB de Jurisprudência*. São Paulo, rOB, n.13, caderno 3, jul.1980. p.265; FREGADOLLI, Luciana. O Direito à intimidade. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 19, p.233-237; CAMPOS, Diogo Leite. O sigilo bancário. In: *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 20, p.176; WALD, Arnaldo. Sigilo Bancário e os Direitos Fundamentais. In: *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v.22. p.30; VIDIGAL, Geraldo Facó. Hipóteses de Quebra de Sigilo Bancário. In: *Revista Faculdade de Direito Milton Campos*. Belo Horizonte. v.I. n. 2. p.137; TAVARES, Juarez. A violação ao sigilo bancário em face da proteção da vida privada. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. I p.108; GONÇALEZ, Antonio Manoel. A questão do sigilo bancário. In: *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 9. p.155.

<sup>57</sup> Conforme HC 85088/ES, de 30/08/2005, relator(a) Min. Ellen Gracie; HC 86094/PE, de 20/09/2005, relator(a) Min. Marco Aurélio; AI-QO 573623/RJ, de 31/10/2006, relator(a) Min. Gilmar Mendes; RE 461366/DF, de 30/08/2007, relator(a) Min. Marco Aurélio.

quebra do sigilo bancário. Nessa linha de entendimento, exige-se que a quebra do sigilo bancário se dê mediante autorização judicial devidamente fundamentada.<sup>58</sup>

Como um dos objetivos deste trabalho é justamente rebater essa premissa, recorre-se aos ensinamentos de Hely Lopes Meirelles<sup>59</sup> acerca do poder de polícia da administração e de sua auto-executoriedade:

O poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado.

Em linguagem menos técnica, podemos dizer que o poder de polícia é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual. Por esse mecanismo, que faz parte de toda Administração, o Estado detém a atividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional.

(...)

A auto-executoriedade, ou seja, a faculdade a Administração decidir e executar diretamente sua decisão por seus próprios meios, sem intervenção do Judiciário, é outro atributo do poder de polícia. Com efeito, no uso desse poder, a Administração impõe diretamente as medidas ou sanções de polícia administrativa necessárias à contenção da atividade anti-social que ela visa a obstar. Nem seria possível condicionar os atos de polícia a aprovação prévia de qualquer outro órgão ou Poder estranho a Administração. Se o particular se sentir agravado em seus direitos, sim, poderá reclamar, pela via adequada, ao Judiciário, que intervirá oportunamente para a correção de eventual ilegalidade administrativa ou fixação da indenização que for cabível. O que o princípio da auto-executoriedade autoriza é a prática do ato de polícia administrativa pela própria Administração, independentemente de mandato judicial.

Portanto, a Administração Tributária, ao utilizar de seu poder de polícia para conter os abusos do direito ao sigilo bancário deveria decidir e executar diretamente a sua decisão pela quebra do sigilo por seus próprios meios, sem intervenção do Judiciário, haja vista o atributo de auto-executoriedade do poder de polícia.

Nesse mister, narra Christiano M. W. Valente<sup>60</sup>:

Se a medida sob exame é auto-executória, isto é, exclui o prévio exame judicial,

<sup>58</sup> Exceção a essa regra se daria na quebra do sigilo bancário pelas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI), haja vista a autorização constitucional expressa no comando do art.58, § 3º, da Magna Carta. As CPI, ao decretarem a quebra do sigilo bancário, também devem fundamentar a sua decisão, sob pena de nulidade. Vide MS 23556/DF, de 14/09/2000, relator(a) Min. Octavio Gallotti; MS 23652/DF, de 22/11/2000, relator(a) Min. Celso de Mello; MS 23716/AM, de 04/04/2001, relator(a) Min. Marco Aurélio; MS 23974/DF, de 03/10/2001, relator(a) Min. Sepúlveda Pertence.

<sup>59</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23º ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.120.

<sup>60</sup> VALENTE. Op. cit., p.213-214

então temos que somente medida da mesma natureza poderia substituí-la, já que adequada a atingir os mesmos ou melhores resultados. Isto por que não é legítimo afirmar que uma medida administrativa pode ser substituída por uma medida judicial sem perda na realização do resultado. A própria morosidade das decisões judiciais, que é da natureza dos processo de conhecimento e decisório, testemunha este fato. Imagine-se também o número de processos que seriam gerados única e exclusivamente para a obtenção de informações sigilosas emperrando os trabalhos de fiscalização e atolando o Judiciário de processos.

(...)

Outrossim, admitindo-se a possibilidade de substituir-se a medida administrativa por uma medida judicial no caso proposto, chegar-se-ia ao absurdo de esvaziar completamente o poder de polícia, já que toda medida de polícia tomada diretamente pela administração estaria eivada de inconstitucionalidade por violação ao princípio da proporcionalidade, posto que não resistiria ao teste da necessidade, pois os atos judiciais sempre seriam “menos gravosos” que os administrativos. Desde logo se observa como é absurda e falaciosa a mistura argumentativa das searas administrativas e judiciárias. E mais, a substituição da administração pública pelo Poder Judiciário implicaria a derrocada da presunção da legalidade dos atos administrativos e normativos praticados, ao invés, ter-se-ia criada uma presunção de ilegalidade, posto que sempre seria necessária a atuação judicial antes da realização de qualquer ato administrativo. Isto posto, conclui-se que o requisito da necessidade deve ser aferido dentro das possibilidades administrativas, excluindo-se os atos possivelmente praticados pelo Poder Judiciário.

Neste contexto, é inegável que a inviabilização do acesso direto do Fisco às informações bancárias dos contribuintes constitui mecanismo perpetuador e incrementador de um sistema tributário injusto e, em última análise, do quadro de desigualdade social que tanto coloca em risco a estabilidade político-institucional brasileira. Chegaria a ser trágico conceber, em um mundo globalizado de milhões de transações financeiras diárias, tivesse o agente fiscal de, a cada diligência, obter uma prévia autorização judicial para levantar informações sobre a movimentação de recursos por parte do contribuinte. O controle judicial há de ser concomitante ou posterior à efetivação da medida, transferindo-se ao contribuinte o ônus de demonstrar a sua cabal desnecessidade ou mesmo o caráter abusivo do ato administrativo. Exigir do Fisco que exponha ao Judiciário, previamente, a necessidade da medida, redundaria na sua desnaturação e ineficácia, eis que, no mais das vezes, em função da dinâmica das relações econômicas, as próprias informações bancárias constituirão os indícios da evasão fiscal, pelo que não teria a Administração como apontar ao Judiciário, objetivamente, as suspeitas que recairiam sobre determinado contribuinte.

Alguns autores compartilham deste entendimento à luz, especialmente, do princípio constitucional da capacidade contributiva (art.145, § 10, da CF). Para Hugo de Brito Machado<sup>61</sup>, "não tivesse a administração a faculdade de identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, não poderia tributar, a não ser na medida em que os contribuintes, espontaneamente, declarassem ao Fisco os fatos tributáveis". José Eduardo Soares de Melo<sup>62</sup> assinala que "a administração tem o poder-dever de conhecer os elementos patrimoniais (bens, direitos e obrigações), os rendimentos de qualquer natureza e as atividades do contribuinte, que contenham substrato econômico" e que "não se trata, propriamente, de considerar o tradicional postulado da supremacia do interesse público sobre o privado, mas conciliar o direito do Estado com o direito à cidadania e o estatuto do contribuinte".

---

<sup>61</sup> In MARTINS, Ives Gandra da Silva. Princípios Constitucionais Tributários. *Caderno de Pesquisas Tributárias*. São Paulo: Resenha Tributária, 1993. n. 18. pp.85-86. O mesmo conceituado autor, contudo, em artigo posterior, manifesta o entendimento de que "... a quebra do sigilo bancário deve ser colocada sob reserva de jurisdição em face da importância do direito à "intimidade e à vida privada..." (MACHADO, Hugo de Brito. A quebra do sigilo bancário. In: *Repertório IOB de Jurisprudência*. n. 9, caderno 1. São Paulo: IOB, mai 2001, p. 249). Impende assinalar que não foi o único autor que reformulou o seu entendimento sobre a *questão*. Oswaldo Othon de Pontes Saraiva F, por exemplo, trilhou caminho inverso. Inicialmente rendia-se à doutrina e jurisprudência dominantes para concluir que é incompatível com a Constituição "... norma que autorize a quebra do sigilo por decisão exclusiva de autoridade administrativa, sem a intermediação de autorização judicial..." (Direitos Fundamentais do Contribuinte. In: *Pesquisas Tributárias - nova série* 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.518). Posteriormente, após a edição da Lei Complementar n° 105/01, invocando a necessidade de concretização da justiça fiscal, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, os ditames da justiça social e os princípios norteadores da Administração Pública insculpidos no artigo 37 da Constituição Federal, passou a apoiar "... a transferência direta do sigilo bancário para a Administração Tributária..." (O sigilo bancário e o Fisco - uma análise constitucional. *Repertório IOB de Jurisprudência*. n.15, caderno 1. São Paulo: IOB, ago. 2001. p.446).

<sup>62</sup> MELLO, José Eduardo Soares de. Direitos Fundamentais do Contribuinte. In: *Pesquisas tributárias*, nova série – 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.275-276.

Sacha Calmon Navarro Coelho é mais incisivo<sup>63</sup>:

o "sigilo bancário" visa preservar as pessoas físicas e jurídicas de intromissões indevidas tanto por parte de particulares como por parte das autoridades públicas. Inobstante, o "sigilo bancário" não é absoluto, eis que diante do legítimo poder de polícia do Estado, como ocorre nos EUA, na França, na Alemanha e na Inglaterra, países sabidamente democráticos e capitalistas, admite-se a sua relativização por fundados motivos de ordem pública, notadamente derivados do combate ao crime, de um modo geral, e a evasão fiscal, omissiva e comissiva. Não pode a ordem jurídica de um país razoavelmente civilizado fazer do sigilo bancário um baluarte em prol da impunidade, a favorecer proxenetas, lenões, bicheiros, corruptos, contrabandistas e sonegadores de tributos. O que cumpre ser feito é uma legislação cuidadosa que permita a manutenção dos princípios à privacidade e do sigilo de dados, sem torná-los bastiões da criminalidade. De resto, reza a sabedoria popular que quem não deve não teme. A recíproca é verdadeira.<sup>64</sup>

Ricardo Lobo Torres<sup>65</sup> insere a temática do sigilo bancário no princípio da transparência fiscal, o qual reputa informador de todos os demais princípios constitucionais, malgrado não-explicitado na Constituição de 1988. Considera que o dever de transparência tem por mote superar os riscos fiscais, os quais podem emergir de diversos fatores, alguns situados na atividade financeira do Estado (descontrole orçamentário, gestão irresponsável dos recursos públicos, corrupção dos agentes públicos etc.) e outros na conduta do contribuinte (abuso da forma jurídica no planejamento dos seus negócios ou na organização de sua empresa, sonegação e corrupção no trato com os agentes públicos). Para tentar remediar aqueles riscos exemplifica com a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal e com o projeto de Código de Defesa do Contribuinte. E para os riscos radicados na conduta dos particulares refere-se às normas antielisivas e anti-sigilo bancário, acentuando quanto a estas que:

O importante no caso brasileiro, a exemplo do que só acontece no Direito de outros povos, é que o sigilo possa ser desvendado pela própria autoridade administrativa indicada na Lei, o que permitiria a agilização do processo e a eficácia da fiscalização. De notar que não se advoga, aqui, a extensão da ação administrativa para o rastreamento generalizado das situações bancárias dos contribuintes, mas a sua limitação aos casos sob suspeita de sonegação e que sejam objeto de procedimento administrativo. Inexiste razão para se manter o tabu do sigilo bancário

<sup>63</sup> COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Princípios Constitucionais Tributários. *Caderno de Pesquisas Tributárias*. São Paulo: Resenha Tributária, 1993. v. 18. p.100-101.

<sup>64</sup> Ressalte-se que o referido autor defende a necessidade de prévia autorização judicial à quebra do sigilo bancário, bem como já se manifestou pela inconstitucionalidade da regulamentação da quebra do sigilo no Brasil. Vide: Sacha Calmon Navarro Coelho, *Leis complementares 104 e 105/2001. Dias angustiantes permeiam a tributação no Brasil*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2227>>.

<sup>65</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O Princípio da Transparência Fiscal. In: *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros. v.79. p.18.

e sua elevação a direito da liberdade; o princípio constitucional da intimidade cede lugar ao princípio da transparência no jogo de ponderação de interesses.

Sucedo, ainda, que não haveria propriamente quebra do sigilo bancário dos contribuintes pelo Fisco e sim mera subsunção das informações bancárias ao âmbito maior do sigilo fiscal ao qual estão vinculados os agentes públicos. Outro não é o entendimento de José Casalta Nabais<sup>66</sup>:

De certo modo, podemos dizer que, com o acesso da administração fiscal aos dados dos contribuintes guardados nos bancos de que são clientes, se assiste tão-só ao alargamento relativo dos obrigados ao sigilo e, bem assim, do inerente risco de este mais facilmente poder vir a ser violado. Tendo, porém, em consideração designadamente que (...) a violação do segredo fiscal tem mesmo tutela penal, podemos concluir que a referida quebra do sigilo bancário deixa salvaguardado o conteúdo essencial tanto do direito à privacidade da vida privada e familiar dos contribuintes como da dinâmica da atividade bancária.

Há que se retomar, assim, a linha de antigo julgado do Supremo Tribunal em que se reconheceu aos agentes fiscais o acesso às informações bancárias, porque o sigilo bancário só tem sentido enquanto protege o contribuinte contra o perigo de divulgação ao público, nunca quando a divulgação é para o fiscal do imposto de renda que, sob pena de responsabilidade, jamais poderá transmitir o que lhe foi dado conhecer.<sup>67</sup>

Esse é o entendimento que parece ser mais correto e coerente. Não se pode esquecer que o fiscal do imposto de renda, dentre outras atribuições, detém a competência legal para examinar as declarações entregues pelos contribuintes, sejam estes pessoas físicas ou jurídicas. Ao examinar as declarações do imposto de renda das pessoas físicas, por exemplo, o fiscal toma conhecimento de inúmeras informações que dizem respeito à intimidade e à vida privada do cidadão.

Cabe ressaltar que a declaração do imposto de renda das pessoas físicas coleciona diversas informações a respeito da renda, fontes pagadoras, atividade, cônjuge, nomes, idades e caracterização de dependentes, bem como impõe a relação de pagamentos, despesas e

---

<sup>66</sup> NABAIS, José Casalta. O Dever Fundamental de Pagar Impostos. Coimbra: Almedina, 1998, p. 19.

<sup>67</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso em Mandado de Segurança nº 15.925-GB, rel. fin. Gonçalves de Oliveira. In *Revista Trimestral de Jurisprudência*. v. 37. p. 373-374.

doações efetuados, devendo o contribuinte identificar o beneficiário de tais desembolsos, os respectivos valores, bem como deve indicar a natureza de tais pagamentos. Somente aí, o fiscal já toma conhecimento de detalhes de foro bastante íntimo como, por exemplo, se houve doença na família (pela realização de despesas médicas do próprio contribuinte e/ou de seus dependentes), em que hospitais ou clínicas realizou-se o tratamento, com que médicos se consultou ou realizou tratamentos (o que muitas vezes, por si só, já permite ao fiscal concluir a respeito da doença que acometeu a pessoa da família). Tais informações são de foro tão íntimo, que muitas vezes nem pessoas da família têm acesso a esses detalhes.

Sabe-se, por exemplo, pela existência ou não de pensão judicial a deduzir da base de cálculo do imposto, se o contribuinte é separado ou não; da eventual análise do acordo judicial que embasa tal dedução, o fiscal toma conhecimento não só do valor da pensão, mas também de detalhes do acordo, como detalhes sobre a guarda dos filhos, nome do ex-cônjuge, se a separação foi litigiosa ou amigável, data da separação, dentre outras informações. Da análise do quadro relativo aos dependentes, sabe-se, por exemplo, se o contribuinte tem filhos, se detém a guarda de algum menor, se seus pais são pessoas humildes, no caso de serem seus dependentes, e por aí vai. Quem trabalha analisando tais declarações ou fiscalizando os contribuintes sabe que as informações a respeito da vida íntima e/ou privada do contribuinte com as quais se tem contato são inúmeras e, pode-se dizer, chegam a uma esfera muito mais íntima daquela que se chega quando se analisam, por exemplo, as contas bancárias do fiscalizado. Se o fiscal está amparado pelo sigilo fiscal para analisar uma declaração do imposto de renda, na qual existe uma série de informações de foro bastante íntimo, por que não estaria amparado por este mesmo sigilo para analisar contas bancárias e/ou movimentações financeiras? Nesse caso, entendo que vale o brocardo jurídico “quem pode o mais, pode o menos”, ou melhor, o argumento *a fortiori* (com maior razão).

No caso de um contribuinte pessoa jurídica, por exemplo, ressalte-se que o fiscal, quando vai até à empresa, detém a competência para analisar todos os livros fiscais e

contábeis, bem como toda a documentação que respalda a escrituração, de tal forma que toma conhecimento de forma bastante detalhada das atividades que a empresa realiza, aí inclusas as despesas que costuma realizar, os fornecedores de quem costuma comprar, as compras que habitualmente faz, os clientes para quem costuma vender, os lucros que distribui e etc. São informações de foro tão privado, que a maioria dos empregados da própria empresa não têm acesso a elas, reservando-se tal privilégio aos dirigentes da empresa e contadores, de modo que fica difícil conceber o motivo de informações oriundas da análise das contas bancárias da empresa não restarem amparadas pelo sigilo fiscal.

Assim, trata-se de analisar a realidade dos fatos, como eles efetivamente são, e a realidade é esta: o fiscal, quando do exercício de suas atribuições regimentais, seja revisando uma declaração de imposto de renda de pessoa física ou jurídica, seja fiscalizando determinado contribuinte, navega de forma contundente pela intimidade e pela vida privada do cidadão ou da empresa, devendo guardar o sigilo fiscal, sob pena de responsabilidade funcional e penal, de tal forma que o sigilo bancário, em minha modesta opinião, parece restar amparado por um sigilo maior e mais abrangente, que é o sigilo fiscal.

Sendo assim, a conclusão a que se chega é de que o sigilo bancário constitui, sob o enfoque até então agasalhado pela doutrina amplamente majoritária e referendado, até aqui, pelo Supremo Tribunal Federal, em um dos pilares de sustentação de um sistema tributário que caminha na contramão da justiça fiscal, seja onerando de forma mais acentuada os menos favorecidos economicamente, seja propiciando aos mais capacitados financeiramente meios de se evadirem à tributação, em violação ao princípio da igualdade fiscal e da capacidade contributiva. A violação a tais princípios se verifica, na realidade, na arrecadação tributária, que se dá em maior grau para os contribuintes com rendimentos de trabalho, que vêem os seus rendimentos serem sempre comunicados à Administração fiscal e têm o seu imposto de renda retido na fonte, daqueles contribuintes que auferem rendimentos de capital.

Outrossim, a Constituição Federal de 1988 elenca como princípios fundamentais em seu artigo 3º, incisos I e III, os objetivos de construir uma sociedade justa, solidária, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos. Tais objetivos não podem ser alcançados através da preponderância de interesses particulares, ressaltando-se que a tributação assume, aí, papel relevante quando propicia a realização de políticas públicas através da arrecadação de receitas e quando influencia na distribuição de riquezas. Desta feita, o aumento do rigor na fiscalização tributária deve ser o foco para o aumento da arrecadação, com melhor distribuição da carga tributária e sem majoração de tributos.

## 6 CONCLUSÕES

- 1- O sigilo bancário, no Brasil, tem sido enquadrado como expressão do direito constitucional à intimidade e à vida privada (art. 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988), devendo, por entendimento de parcela majoritária da doutrina e da jurisprudência dos tribunais, estar sujeito à reserva de jurisdição, de modo que a requisição de informações financeiras e bancárias não pode ser feita diretamente pela autoridade tributária, devendo ser sempre precedida de autorização judicial.
- 2- Não existe consenso na doutrina a respeito da diferenciação entre intimidade e vida privada, de modo que alguns autores entendem que os institutos se confundem. Entende-se que o conceito de intimidade guarda um foro mais íntimo e pessoal que o conceito vida privada. Intimidade seria aquilo dentro da vida privada que não pode ser compartilhado, enquanto que vida privada é conceito que deve ser entendido como oposição à vida pública.
- 3- As pessoas físicas possuem intimidade e vida privada. As pessoas jurídicas somente possuem vida privada, pois intimidade requer atributos essencialmente humanos.
- 4- O direito à intimidade e à vida privada, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, entra em confronto com o princípio da capacidade contributiva e com o objetivo fundamental da República de construção de uma sociedade justa e solidária, quando o assunto é quebra de sigilo bancário.
- 5- Na existência de conflito entre princípios e/ou direitos constitucionais, esses não devem ser interpretados de forma absoluta, sendo cabível a restrição de determinado princípio e/ou direito, com base na ponderação de interesses, para dar espaço a outro de maior relevância no caso concreto.
- 6- A supremacia do interesse público sobre o interesse do particular deve embasar a restrição de determinado direito, que não pode se dar de forma arbitrária, de maneira a anular o direito que sofre a restrição, devendo haver concessões recíprocas à vista do caso concreto.
- 7- Quando da necessidade de restrição de determinado direito que está em conflito com outro de mesma hierarquia, deve ser preservado o conteúdo nuclear mínimo do direito restringido. O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade deve servir de parâmetro de valoração do ato de restrição no caso concreto.
- 8- A lei complementar nº 105/2001 é de natureza restritiva, haja vista que seus artigos 5º e 6º restringem o âmbito de proteção da garantia do sigilo bancário, ao permitir que as autoridades fiscais examinem as informações financeiras e contas bancárias dos contribuintes. Deve-se analisar se há ou não violação do núcleo essencial do direito à intimidade e à vida privada e se há obediência ao princípio da proporcionalidade.
- 9- Do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade extraem-se os requisitos da adequação, da necessidade ou exigibilidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

- 10- O entendimento da maior parte da doutrina e dos tribunais superiores é de que deve haver decisão judicial prévia à quebra do sigilo bancário, de maneira a se adotar o meio menos gravoso para o atingimento dos fins visados, evitando-se, assim, abusos por parte da Administração quando do manejo das informações bancárias obtidas com base na lei complementar nº 105/2001.
- 11- A quebra do sigilo bancário dos contribuintes pela Administração Pública decorre do seu poder de polícia, mecanismo de frenagem de que dispõe para conter os abusos do direito individual. Como todo o ato administrativo decorrente do poder de polícia, a transferência de informações financeiras goza do seu atributo de auto-executoriedade, que se reveste da faculdade de a Administração decidir e executar a sua decisão por seus próprios meios, sem intervenção do Judiciário.
- 12- Não é correto apontar medida judicial em substituição à medida administrativa de polícia, posto que implicaria o esvaziamento do poder de polícia da administração e perda na realização do resultado. Somente outra medida auto-executória seria adequada a atingir os mesmos ou melhores resultados. A morosidade das decisões judiciais testemunha essa realidade e implica em prejuízos à efetividade e eficiência da fiscalização tributária.
- 13- A transferência do sigilo bancário às autoridades tributárias efetuado nos moldes da LC nº 105/2001 se dá quando existe processo administrativo instaurado, no qual é assegurado o contraditório e a ampla defesa. Se o particular se sentir agravado em seus direitos, por abuso de tais autoridades na manipulação de seus dados bancários, poderá reclamar, pela via adequada, ao Judiciário, que intervirá oportunamente para a correção de eventual ilegalidade administrativa ou fixação de indenização que for cabível.
- 14- Todo o servidor público que tiver acesso às informações financeiras e/ou bancárias do contribuinte está obrigado por lei a resguardá-las em função do sigilo fiscal a que estão submetidas as autoridades tributárias, sob pena de responsabilidade penal e funcional.
- 15- O sigilo fiscal é mais abrangente que o sigilo bancário, dada a natureza das informações das quais tomam conhecimento as autoridades fiscais em razão do exercício de suas atribuições, de modo que não se deve falar em quebra do sigilo, mas sim em transmutação do sigilo bancário em sigilo fiscal.
- 16- O conhecimento das informações bancárias do contribuinte pelas autoridades fiscais, sem necessidade de autorização judicial prévia, propicia à fiscalização federal meios de aumentar a arrecadação, através de procedimentos de fiscalização mais céleres e eficazes, sem aumento de tributos e com melhor distribuição da carga tributária, indo ao encontro do anseio nacional de construção de uma sociedade justa e solidária, e obedecendo-se aos princípios da capacidade contributiva e da igualdade fiscal.

## 7 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARBEITAS, André Terrigno. **O Sigilo Bancário e a Ponderação dos Interesses**. Dissertação de Mestrado apresentada no programa de pós-graduação em Direito na UERJ. Rio de Janeiro, 2002.

BARROS, Susana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 358.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 5° ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Leis complementares 104 e 105/2001. Dias angustiantes permeiam a tributação no Brasil**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2227>>.

COVELLO, Sergio Carlos. **O sigilo bancário**. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 2001.

DERZI, Misabel. O sigilo bancário, a Lei 9613/98 e a intributabilidade do ilícito. In: **Repertório IOB de Jurisprudência**. São Paulo, IOB, n.13, caderno 3, jul., 1980.

DOTTI, René Ariel. Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1980

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites a função fiscalizadora do Estado**. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/ce/EdEspecialNacional/EdEspecial\\_Doutrina\\_Tercio.htm](http://www.agu.gov.br/ce/EdEspecialNacional/EdEspecial_Doutrina_Tercio.htm)>.

FREGADOLLI, Luciana. O Direito à intimidade. In: **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 19.

GONÇALEZ, Antonio Manoel. A questão do sigilo bancário. In: Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas. São Paulo: **Revista dos Tribunais**. v. 9.

- MACHADO, Hugo de Brito. A quebra do sigilo bancário. In: **Repertório IOB de Jurisprudência**, n. 9, caderno 1. São Paulo. IOB, maio 2001.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). Princípios Constitucionais Tributários. **Cadernos de Pesquisas Tributárias**. São Paulo: Resenha Tributária, 1993.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Direitos Fundamentais do Contribuinte. In: **Pesquisas Tributárias**, Nova Série - 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Direitos Fundamentais do Contribuinte. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2000.
- MATIAS, Saraiva Armindo. **Direito Bancário**. Lisboa: Coimbra Editora, 1998.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 23º ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: MENDES, G. F., COELHO, I. M. e BRANCO, P. G. G. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas, 2000.
- MUZZI P, Carlos Victor. Fiscalização tributária, sigilo bancário, direitos fundamentais e a Constituição de 1988. In **Revista Jurídica da Procuradoria Geral da Fazenda Estadual**. n. 25. Belo Horizonte: Procuradoria Geral da Fazenda Estadual.
- NABAIS, José Casalta. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos**. Coimbra: Almedina, 1998.
- QUEIROZ, Cid Heráclito. O sigilo bancário. In: **Revista Forense**. Rio de Janeiro. Jan/Mar 1995, v.329.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à Intimidade e à Vida Privada**. Belo Horizonte: Livraria Dei Rey Editora, 1998.
- SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- SARMENTO, Daniel. Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In: **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à intimidade**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- TAVARES, Juarez. A violação ao sigilo bancário em face da proteção da vida privada. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: **Revista dos Tribunais**. v. I.
- TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania multidimensional na era dos direitos. In: **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- TORRES, Ricardo Lobo. Liberdade, segurança e justiça no Direito Tributário. In: **Justiça Tributária: direitos do fisco e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no processo tributário**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. O Princípio da Transparência Fiscal. In: **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros. v.79.

VALENTE, Christiano M W. **Sigilo bancário: Obtenção de Informações pela Administração Tributária Federal**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2006.

VIDIGAL, Geraldo Facó. Hipóteses de Quebra de Sigilo Bancário. In: **Revista Faculdade de Direito Milton Campos**. Belo Horizonte. v.I. n. 2.

WALD, Arnaldo. O Sigilo Bancário no Projeto de Lei Complementar de Reforma do Sistema Financeiro e na Lei Complementar nº 70. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília. n.116.

WALD, Arnaldo. Sigilo Bancário e os Direitos Fundamentais. In: **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v.22.