



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MÁRIO SÉRGIO DE SANTANA BARROS LEAL

**SIGILO BANCÁRIO E O RECONHECIMENTO DA CONSTITUCIONALIDADE DO
ARTIGO 6º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001 PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

FORTALEZA

2016

MÁRIO SÉRGIO DE SANTANA BARROS LEAL

SIGILO BANCÁRIO E O RECONHECIMENTO DA CONSTITUCIONALIDADE DO
ARTIGO 6º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001 PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Tributário.

Orientador: Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo.

FORTALEZA

2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- L472s Leal, Mário Sérgio de Santana Barros.
Sigilo Bancário e o reconhecimento da constitucionalidade do artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001 pelo Supremo Tribunal Federal / Mário Sérgio de Santana Barros Leal. – 2016.
98 f.
- Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2016.
Orientação: Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo.
1. Sigilo Bancário. 2. Direito Tributário. 3. Lei Complementar nº 105/2001. I. Título.

CDD 340

MÁRIO SÉRGIO DE SANTANA BARROS LEAL

SIGILO BANCÁRIO E O RECONHECIMENTO DA CONSTITUCIONALIDADE DO
ARTIGO 6º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001 PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL

Monografia apresentada ao Curso de
Graduação em Direito da Universidade Federal
do Ceará, como requisito parcial à obtenção do
título de Bacharel em Direito. Área de
concentração: Direito Tributário.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestrando Isaac Rodrigues Cunha
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestrando Jáder de Figueiredo Correia Neto
Universidade Federal do Ceará (UFC)

AGRADECIMENTOS

A Deus, nosso Senhor, a quem eu devo todas as bênçãos na minha vida e cujo mistério sempre provedor das melhores coisas possíveis continua a dar-me motivação, sentido e fé em Sua misericórdia. A Nossa Senhora, Mãe Santíssima, expressão máxima de amor e gentileza, intercessora nos céus por mim e por toda a humanidade.

Aos meus pais, Sérgio e Valéria, pelos valores ensinados, pela formação moral sem a qual seria impossível apreender ou transmitir a bondade existente no mundo e pelo incessante apoio concedido, talvez mesmo quando eu não o merecesse. Aos meus irmãos e demais familiares, especialmente minha avó Leêne e minha avó Maria Luiza, pelos constantes e prazerosos momentos de conforto e felicidade.

Ao meu orientador, professor Hugo Segundo, sempre presente e atenciosa fonte de inspiração, sem a qual relevantíssima parcela da minha formação como estudante seria impossível, pela gentileza de ter aceitado a tarefa de orientar este trabalho, contribuindo com sugestões e críticas pertinentes e precisas. Aos membros da banca, os mestrandos Isaac Rodrigues e Jáder Figueiredo, pela bondade de terem participado da avaliação deste trabalho, com colaborações que testemunham de forma inequívoca o brilhante futuro que lhes é reservado.

Ao professor Francisco Macedo, unanimidade na faculdade, pelas contribuições iniciais a este trabalho e por ter, sempre com sua característica elegância e simpatia, ajudado a dar os primeiros passos na feitura desta monografia.

A minha namorada, Mariana, por me mostrar toda a razão de ser do amor e a quem eu dedico minha mais pura admiração e gratidão. Pela atenção, paciência e pela ininterrupta cooperação e motivação. Ela é, afinal, diretamente responsável pelos melhores anos da minha vida e é em quem eu encontro morada sempre que preciso de uma, gratuito carinho sempre que de carinho eu necessito e incorruptível e incomparável amor a toda hora.

Aos professores da Faculdade de Direito, principalmente aqueles que sempre, pelo exemplo e pela capacidade, expuseram, com grande destaque, o mais honroso e belo lado do magistério, ajudando na minha formação e na de centenas de outros estudantes.

Aos colegas e amigos que fiz na faculdade, todos responsáveis, até mesmo quando não percebiam, por tornarem todos os momentos que vivi na FD especiais e inesquecíveis.

Aos amigos do Colégio 7 de Setembro, que fizeram a minha vida estudantil – que agora encontra o fim de, talvez, sua mais importante etapa – bem mais feliz.

Aos amigos-pessoais-irmãos Alison Vaz, Levi Negreiros, Lucas Alves, Matheus Dantas, Paulo César, Paulo Guerreiro, Thiago do Vale, Thiago Nogueira e Thúlio Mesquita, pessoas extraordinárias que tive a honra de conhecer e que sempre fizeram da faculdade um lugar de muita felicidade para mim.

A Carolina Farias, Indirana Cabral, Lara Sampaio, Renata Araújo e Yana Maria, meninas das mais notáveis possíveis, que eu conheci inicialmente como namoradas dos meus amigos, mas por quem hoje eu guardo um carinho independente e imenso. Além disso, pessoas que acabaram por me mostrar virtudes que talvez nem eu mesmo conhecesse nos meus amigos, pois se eles foram capazes de conquistar meninas tão bondosas, talvez a minha sorte por ter conhecido cada um deles é maior do que eu poderia conceber.

Aos membros do grupo Amizade Verdadeira, que me deram mais do que considerável parte da grande alegria que senti nos meus anos de faculdade, pelas conversas, pelos momentos e por todas as demonstrações de carinho que fizeram diferença inefável na minha vida. Agradeço aos que desde o começo estiveram comigo: Iago Lopes Lima, membro fundador do grupo, convocador máximo dos estudos, futuro brilhante juiz do nosso estado e pessoa pela qual eu não tenho outra coisa que não imensa estima e infindável carinho; Rodrigo Cavalcante, o primeiro e último número 1, meu primeiro amigo na faculdade e por quem eu tenho um apreço singular; e Ygor Aquino Almeida, companheiro de conversas e debates, em quem eu sempre tive uma inesgotável fonte de amizade e a quem eu dedico os melhores sentimentos possíveis. Agradeço, igualmente, aos que vieram depois do meu primeiro semestre, mas que se fizeram presentes como que desde o início, pois agora é impossível imaginar o que teria sido da minha faculdade sem eles: Lucas Andrade, futuro descobridor do mistério das estrelas e das galáxias, um amigo brilhante e sempre disposto a demonstrar o melhor da humanidade; Lucas Brendo, que entrou na faculdade apenas no 7º semestre, mas que se mostrou um amigo insubstituível, quase tão atencioso e leal quanto um urso de estimação; Messias Marinho, um ser humano único (no mais especial sentido possível dessa qualidade) e futuro delegado, a quem eu confiaria a segurança pública de toda uma nação (afinal, se eu te perguntasse assim: “Messias, tu é outra coisa que não uma pessoa unicamente bondosa?”, tu iria me dizer o quê?); Pedro Erick Araújo, cujo livro sobre a história do forró já compõe item da minha lista de futuras leituras e cuja potente voz é incapaz de disfarçar toda a ternura existente em sua alma; e Victor Teixeira de Freitas, futuro aplicador do direito no caso concreto (para sorte da sociedade) e um dos últimos amigos que a faculdade me concedeu, mas certamente já um com o qual eu pretendo trilhar todos os futuros passos da minha vida. A vocês meu sempre insuficiente, mas mais sincero possível, obrigado.

“His chosen comrades thought at school
He must grow a famous man;
He thought the same and lived by rule,
All his twenties crammed with toil;
‘What then?’ sang Plato’s ghost. ‘What then?’

Everything he wrote was read,
After certain years he won
Sufficient money for his need,
Friends that have been friends indeed;
‘What then?’ sang Plato’s ghost. ‘What then?’

All his happier dreams came true -
A small old house, wife, daughter, son,
Grounds where plum and cabbage grew,
poets and Wits about him drew;
‘What then?’ sang Plato’s ghost. ‘What then?’

The work is done,’ grown old he thought,
‘According to my boyish plan;
Let the fools rage, I swerved in naught,
Something to perfection brought’;
But louder sang that ghost, ‘What then?’”

(William Butler Yeats)

RESUMO

Este trabalho teve o objetivo de, primeiramente, realizar uma pesquisa histórica e conceitual do instituto do sigilo bancário, investigando suas origens, fundamentos, teorias e tratamento legislativo ao longo do tempo, particularmente no Brasil. Por essa análise, percebeu-se que o sigilo bancário no Brasil guarda estreita relação com um sistema legal de proteção do segredo da relação entre o banco e cliente, com fundamento na proteção à intimidade do último. Maior exemplo disso é a existência de dispositivos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 que garantem o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada e do sigilo de dados. Tecidas as primeiras considerações, o foco tornou aos comentários à Lei Complementar nº 105/2001, especialmente seu artigo 6º e sua influência no tema em estudo, máxime em razão do último pronunciamento do Supremo Tribunal Federal em fevereiro que julgou improcedentes várias Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas contra dispositivos da referida lei complementar, principalmente o artigo 6º. Pela análise desses tópicos restou bastante clara a razão das diversas críticas sofridas pela Lei Complementar nº 105/2001, que concedeu poder à Administração Tributária de ter acesso aos dados de intimidade do contribuinte protegidos pelo sigilo bancário sem a necessidade de ordem do Poder Judiciário, revogando de forma expressa o art. 38 da Lei nº 4.595/65, que garantia a necessidade de processo judicial para a quebra de sigilo. Por fim, procedeu-se à análise do já mencionado pronunciamento do Supremo Tribunal Federal que julgou as diversas ações de inconstitucionalidade propostas, com o exame dos argumentos contra e a favor da constitucionalidade do artigo 6º, de forma a buscar a posição mais razoável a respeito de sua suposta inconstitucionalidade. Ao final, buscou demonstrar o presente trabalho que os argumentos em favor da constitucionalidade do artigo 6º, embora fundamentados em sérios objetivos e boas ideias, acabam por não oferecer contraponto suficiente aos já consagrados apontamentos realizados pela doutrina favorável à manutenção da quebra do sigilo bancário realizada somente por ordem judicial, sobretudo em virtude da proteção constitucional concedida ao tema e da necessidade de observância à reserva de jurisdição capaz de garantir a separação dos poderes e o devido processo legal.

Palavras-chave: Sigilo bancário. Lei Complementar nº 105/2001. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The purpose of this paper was firstly to carry out a historical and conceptual research of the bank secrecy institute, investigating its origins, foundations, theories and legislative treatment over time, particularly in Brazil. From this analysis, it became clear that bank secrecy in Brazil is closely related to a legal system of protection of the secrecy of the bank-client relationship, based on the protection of the latter's intimacy. The greatest example of this is the existence of provisions in the 5th article of the Federal Constitution of 1988 that guarantee the right to inviolability of intimacy, privacy and data confidentiality. In light of the first considerations, the focus turned to comments on Complementary Law n. 105/2001, especially its 6th article and its influence on the subject under study, mainly due to the last pronouncement of the Federal Supreme Court in February that dismissed several Direct Actions of Unconstitutionality proposed against many provisions of the mentioned complementary law, in particular its 6th article. By analyzing these topics, the reason for the various criticisms suffered by Complementary Law n. 105/2001, which gave the Tax Administration the power to access confidential data protected by bank secrecy without the need for an order of the Judiciary, expressly revoking the article n. 38 of Law 4595/65, which guaranteed the need for legal proceedings for breach of confidentiality, became very clear. Finally, this paper focused on the analysis of the aforementioned pronouncement of the Federal Supreme Court that judged the various actions of unconstitutionality proposed and examined the arguments against and in favor of the constitutionality of the 6th article, in order to verify the most reasonable position regarding its alleged unconstitutionality. In the end, the present paper intended to show that the arguments in favor of the constitutionality of the 6th article, although based on serious objectives and good ideas, end up not offering sufficient counterpoint to the already consecrated notes made by the doctrine favorable to the maintenance of the breach of bank secrecy carried out only by order of the judicial power, mainly because of the constitutional protection granted to the subject and the need to comply with the reserving jurisdiction capable of guaranteeing the separation of powers and the due process of law.

Keywords: Bank secrecy. Complementary Law n. 105/2001. Unconstitutionality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 CONCEITO, TEORIAS E FUNDAMENTOS DO SIGILO BANCÁRIO	14
2.1 Conceito	14
2.2 Diferenças entre sigilo bancário e sigilo fiscal	15
2.3 Os sistemas legais do sigilo bancário	17
2.3.1 <i>O sistema anglo-saxão</i>	17
2.3.2 <i>O sistema da Europa Continental</i>	17
2.3.3 <i>O sistema do sigilo bancário reforçado</i>	18
2.4 Fundamentos do sigilo bancário.....	19
2.5 As teorias de fundamentação do sigilo bancário	22
2.5.1 <i>A teoria consuetudinária</i>	22
2.5.2 <i>A teoria contratualista</i>	23
2.5.3 <i>A teoria da responsabilidade civil</i>	24
2.5.4 <i>A teoria legalista</i>	24
2.5.5 <i>A teoria do segredo profissional</i>	25
2.5.6 <i>A teoria da boa fé</i>	26
2.5.7 <i>A teoria do direito à intimidade</i>	27
2.6 Sigilo bancário na Constituição de 1988.....	29
3 HISTÓRICO DO SIGILO BANCÁRIO E A LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001..	32
3.1 Origens históricas	32
3.2 O Código Comercial de 1850	34
3.3 A Lei nº 4.595/65	35
3.4 O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66)	37
3.5 A Lei nº 8.021/90	41
3.6 A Lei Complementar nº 70/91	42
3.7 A Lei nº 9.311/1996 (Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF)	44
3.8 A Lei Complementar nº 105/2001	47
4 SIGILO BANCÁRIO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	52
4.1 Considerações sobre a quebra de sigilo bancário	52
4.1.1 <i>Quem pode determinar a quebra de sigilo bancário</i>	53
4.1.1.1 <i>O Poder Judiciário</i>	53

4.1.1.2 <i>O Poder Legislativo e os Tribunais de Contas</i>	53
4.1.1.3 <i>O Ministério Público</i>	56
4.1.1.4 <i>O Poder Executivo</i>	58
4.1.2 <i>Devido Processo Legal</i>	61
4.2 A análise da constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001 no Supremo Tribunal Federal	65
4.2.1 <i>O Recurso Extraordinário nº 389.808/PR</i>	66
4.2.2 <i>O julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade</i>	70
4.3 <i>Quebra de sigilo ou transferência de sigilo?</i>	77
4.4 A inconstitucionalidade do artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001	80
4.4.1 <i>O fim do sigilo bancário oponível ao Fisco no mundo e o combate aos crimes em cooperação internacional</i>	81
4.4.2 <i>Fiscalização tributária e acesso aos dados bancários</i>	83
4.4.3 <i>Justiça Fiscal e o princípio da capacidade contributiva</i>	87
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	91
REFERÊNCIAS	94

1 INTRODUÇÃO

No dia 11 de janeiro de 2001, no Diário Oficial da União, a Lei Complementar nº 105 foi publicada. Dentre os principais dispositivos trazidos pela lei, destaca-se o artigo 6º, que permitiu de forma expressa o exame de documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, em caso de haver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, e desde que esses exames fossem considerados indispensáveis pela autoridade administrativa.

Como seria de se esperar, a alteração legislativa foi alvo de intenso debate doutrinário. Ademais, foi motivo de algumas consideráveis mudanças de entendimento no âmbito do Supremo Tribunal Federal. O debate doutrinário se concentra, pois, na análise da própria constitucionalidade do artigo 6º. Parcela considerável da doutrina entende que o referido artigo padece de inconstitucionalidade por, entre outros motivos, ferir o princípio constitucional da reserva de jurisdição ao possibilitar a quebra do sigilo bancário sem a necessidade de ordem judicial, atentando contra os direitos fundamentais à intimidade e ao sigilo de dados consagrados na Constituição.

O mais recente pronunciamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da questão assentou a posição, por 9 votos a 2, de que o comando normativo não configura propriamente uma quebra de sigilo bancário, mas apenas a transferência dos dados sigilosos das instituições financeiras para as autoridades fazendárias, ambas obrigadas a resguardar o sigilo das informações e proibidas de atuar na divulgação dos dados obtidos a terceiros.

Eis a redação completa do artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001:

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.

Por mais que uma leitura incipiente e desatenta possa sugerir que o comando normativo estabeleceu uma restrição à atividade de autoridades e agentes fiscais tributários, uma consideração mais ponderada revela que, na verdade, o mencionado artigo propiciou importante permissão à Fazenda: a de ter acesso aos dados protegidos por sigilo bancário sem a necessidade de ordem judicial.

Este fato é de suma importância. Ao possibilitar, por lei, que a autoridade fazendária tivesse acesso a dados historicamente considerados como protegidos pelo sigilo bancário por meio de simples processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, o legislador indiscutivelmente outorgou à autoridade fazendária poderes de conhecer elementos da vida íntima do contribuinte sem a necessidade de ordem judicial.

O caso, portanto, é mais complicado do que uma primeira impressão pode sugerir. Como a decisão que configurou o mais recente posicionamento do Supremo foi proferida em fevereiro de 2016, é responsável afirmar que ainda há bastante tempo para debates mais aprofundados a respeito. Não obstante, ainda que a doutrina especializada possa oferecer pontos de vista ainda não amplamente disponíveis quando da feitura desta monografia, é seguro apontar caminhos cruciais ao bom enfrentamento da questão. Com as mudanças de entendimento do STF e à luz de seu mais recente posicionamento, é possível destacar pontos de argumentação que podem ser e já são enfrentados pela doutrina.

Assim, alguns questionamentos surgem como necessários à tomada de alguma conclusão sobre o tema. Primeiramente, a proteção ao sigilo bancário na ordem jurídica brasileira conceberia o acesso às informações de segredo sem a necessidade de ordem judicial? Mais do que isso, representa o artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001 realmente uma quebra de sigilo bancário prevista em lei ou configura apenas a transferência das informações ao Fisco? Respondendo à questão anterior, há alguma inconstitucionalidade ou problema de legalidade em tal quebra ou transferência?

Diante disso, o objetivo geral do presente trabalho é obter respostas para as perguntas aqui levantadas. Os objetivos específicos são: primeiramente, tecer as básicas considerações a respeito do sigilo bancário, tais quais seus conceitos e fundamentos, a fim de traçar a sua atual configuração na ordem jurídica brasileira; depois, investigar a origem histórica e o desenvolvimento do tratamento concedido ao sigilo bancário pela legislação, contextualizando esse instituto com a edição da Lei Complementar nº 105/2001; por fim, investigar o mais recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal, confrontando-o com as mais recorrentes críticas doutrinárias e comparando os fundamentos da decisão com os pontos de maior destaque para a consideração da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do comando normativo.

Como é fácil depreender do objeto deste trabalho, a metodologia aplicada foi principalmente qualitativa, descritiva e bibliográfica. Do ponto de vista da literatura legal, a Lei Complementar nº 105, e, em especial, o seu artigo 6º, serviram como ponto de partida e delimitaram o campo de discussão. A fim de se analisar a real natureza do sigilo bancário e de

melhor adequar o trabalho ao tema proposto, contudo, não se ousou olvidar dos dispositivos constitucionais relativos à questão, mormente os trazidos no artigo 5º do texto constitucional, incisos X, XII, LIV e LV, dentre os quais se incluem a proteção à intimidade, à vida privada e o devido processo legal. Não menos importante se afigurou a análise da jurisprudência, ainda mais em razão dos importantes entendimentos – contrários cada um ao seu tempo – adotados pelo Supremo Tribunal Federal desde a edição do diploma normativo em questão em 2001.

A escolha pela tratativa do sigilo bancário é justificada por dois motivos. O primeiro, mais claro e facilmente analisado, diz respeito à própria natureza de tal instituto. O sigilo bancário, enquanto espécie particular de sigilo, pois, alberga da maneira mais próxima à literalidade o que se convencionou chamar de patrimônio de cada pessoa. E é o patrimônio de cada pessoa que sustenta o Estado, que, em contrapartida, age em sua feição fiscal com o objetivo de ter acesso a esse mesmo patrimônio a fim de exercer suas atividades.

O segundo motivo tem razão circunstancial e reflete exatamente a razão deste trabalho. As polêmicas e discussões que envolvem a Lei Complementar nº 105, conquanto bastante debatidas e conhecidas, ainda propiciam – dada, é claro, a própria importância de sua edição – um campo bastante extenso de análise, crítica e dúvida. É conveniente e necessário, assim, que se discuta a respeito da Lei Complementar nº 105, e é imprescindível que se debata a respeito do posicionamento do Supremo Tribunal a respeito da questão.

Assim, desenvolver-se-á o trabalho partindo, na segunda seção, da apresentação de conceitos básicos a respeito do sigilo bancário, buscando seu conceito, seus fundamentos e analisando sua configuração na atual ordem constitucional, de acordo com os artigos pertinentes ao tema trazidos pela Constituição Federal de 1988.

Na terceira seção, tem-se o fito de investigar a origem histórica do sigilo bancário, analisando suas configurações no desenvolvimento da sociedade e da ordem jurídica, sua adoção pelos mais diversos sistemas jurídicos ao redor do mundo, criticando a atual disciplina trazida pela Lei Complementar nº 105/2001, suas inovações, avanços e retrocessos.

Como o tema contou com ampla discussão doutrinária e jurisprudencial, mormente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, busca-se na quarta seção uma análise crítica do mais recente posicionamento do STF, comparando-o com as decisões proferidas anteriormente, analisando a mudança de entendimento, seus fundamentos, suas críticas e o enfrentamento à questão da possível inconstitucionalidade.

Por fim, a quinta seção trata das considerações finais, onde serão tecidas as últimas observações e apresentados os resultados obtidos com o trabalho.

2 CONCEITO, TEORIAS E FUNDAMENTOS DO SIGILO BANCÁRIO

Imprescindível ao correto desenvolvimento do trabalho é, preliminarmente, cuidar de tecer algumas considerações inarredáveis ao tema do sigilo bancário, objeto principal da discussão aqui proposta. De fato, a análise da doutrina a respeito do tema – e, com efeito, as principais críticas formuladas à lei complementar em debate e ao posicionamento tomado pelo STF – tomam como fundamento básico o fato de prever a lei exceção ao sigilo bancário por meio outro que não o processo judicial.

Assim, prudente e completamente necessário proceder à análise de preceitos básicos e dos detalhes principais inerentes à investigação do tema do sigilo bancário, examinando seu conceito, sua extensão, os fundamentos de sua existência e o tratamento a ele concedido pela Constituição Federal.

2.1 Conceito

O conceito de sigilo bancário, como não poderia deixar de ser, guarda relação com seus fundamentos e é essencial à análise crítica do tema.

Nelson Hungria (1980, p. 271) trouxe em seus comentários ao Código Penal definição da doutrina francesa:

Segundo uma definição corrente, entende-se por sigilo bancário “o dever que incumbe ao banco de manter reserva acerca dos negócios e interesses patrimoniais de seus clientes, vindos ao seu conhecimento em virtude da relação jurídica entre estes e aquele” (Sacker, *Du secret professionnel du banquier*).

Nelson Abrão (2005, p. 64), citando o também francês Raymond Farhat, traz outro conceito - não muito diferente do despertado por Anatole Sacker e resgatado por Nelson Hungria - destacando a possibilidade de imposição de penas pela revelação indevida do segredo:

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

Tourinho Neto (2013, p. 1), em artigo intitulado “O Sigilo Bancário”, trouxe de forma sucinta e didática o preciso balizamento do conceito de sigilo bancário dentro da noção geral de sigilo:

Sigilo significa segredo, ou seja, aquilo que não pode ser revelado, divulgado. Aquele que tem ciência de um segredo, por força da profissão que exerce, está impedido de, sem justa causa, revelá-lo. Tem o dever de guardá-lo. É o segredo profissional. Violá-lo constitui crime — art. 154 do Código Penal. O banqueiro, quando recebe as informações do cliente, recebe-as em razão de sua profissão, de sua atividade habitual, exercida com o fim de lucro.

Vê-se do exposto dos doutrinadores que o sigilo bancário tem como elemento fundamental uma obrigação, esta tendo como titular o banco, de não divulgar de forma injustificada os dados (atos, fatos, cifras ou outras informações decorrentes da atividade bancária) de negócios e interesses patrimoniais dos clientes.

Trata-se, assim, em uma análise por via reflexa, do direito que tem o cliente do banco de ter reservado do conhecimento do público geral informações e dados que constituem a sua vida econômica.

Em destaque está também o fato de, mais do que estabelecer uma mera obrigação cujo descumprimento seja incapaz de acarretar maiores entevos, a legislação estabelece que a não observância ao sigilo bancário pode ensejar a responsabilização do responsável nas esferas civis e penais.

A síntese dos ensinamentos aqui citados torna possível destacar pontos principais de caracterização do sigilo bancário, portanto. Em primeiro lugar, trata-se de uma clara obrigação imposta aos bancos. Quanto ao conteúdo da obrigação, pode-se dizer que este guarda estrita relação com a própria atividade presente na relação entre o banco e o cliente, que diz respeito às práticas econômicas deste último, incluindo todos os dados de negócios e interesses patrimoniais. Por fim, a fim de bem assegurar o cumprimento da obrigação imposta pela lei, esta tem a possibilidade de prever a responsabilização do infrator que divulgar indevidamente as informações.

2.2 Diferenças entre sigilo bancário e sigilo fiscal

Uma importante distinção a ser feita, após tecidos os comentários iniciais, é a existente entre o sigilo bancário e o sigilo fiscal. Sobre o sigilo bancário vale lembrar as considerações já realizadas, principalmente em relação ao seu conceito de acordo com a doutrina especializada e aos seus principais fundamentos.

A respeito do sigilo fiscal, cumpre inicialmente estabelecer que seu principal ponto de diferenciação em relação ao sigilo bancário diz respeito ao titular da obrigação de sigilo imposta. De fato, o titular da obrigação de não divulgação dos dados protegidos por sigilo fiscal é o próprio ente estatal e, por derivação, as suas representações.

No âmbito legal, o principal dispositivo a disciplinar o sigilo fiscal foi o Código Tributário Nacional, cujo artigo 198, caput, tem a seguinte redação:

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

O restante do artigo traz situações de exceção ao sigilo fiscal, bem como a regulação dos meios de trocas de informações entre os diversos entes da administração pública e o estabelecimento de dados não cobertos pelo sigilo fiscal, assuntos desinteressantes, ao menos por ora, à simples análise da diferença entre o sigilo fiscal e o sigilo bancário.

No âmbito doutrinário, vale a citação ao escólio de alguns doutrinadores. Luiz Eduardo Schoueri (2012, p. 941) fez importante consideração a respeito do objeto do sigilo fiscal e de sua consequência na atividade da administração pública, afirmando, em suma, que o amplo acesso das autoridades administrativas às informações referentes à vida particular de cada cidadão é limitado pelo dever de sigilo fiscal, esse consistente na obrigação que tem a autoridade administrativa de, ao tomar conhecimento de uma informação em razão de seu ofício, apenas no exercício de sua função utilizar essa informação.

Hugo de Brito Machado (2010, p. 269), por sua vez, definiu o sigilo bancário fazendo uso do mesmo como contraposição ao direito outorgado à Fazenda de ter acesso aos dados da intimidade, nos termos da lei, da vida do contribuinte. Além disso, entra em destaque a possibilidade de responsabilização da Fazenda Pública:

Ao mesmo tempo em que assegura ao Fisco o direito de penetrar nos domínios dos particulares, tomando conhecimento do que se passa com seus patrimônios, preserva o CTN o interesse destes de que ao público em geral não chegue tal conhecimento. Assim, proíbe a divulgação, para qualquer fim, por parte da Fazenda Pública ou de seus funcionários, de qualquer informação obtida em razão do ofício, isto é, obtida em função da atividade de administração e fiscalização tributária sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos, ou de terceiros, e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades (CTN, art. 198).

A proibição se dirige à Fazenda Pública, vale dizer, à pessoa jurídica de Direito público, e também a seus funcionários. Violada a proibição, responde a Fazenda Pública civilmente.

Do exposto, ficam claras as diferenças fundamentais entre os dois institutos. O sigilo bancário impõe a obrigação aos bancos de não revelar, salvo pelos motivos e de acordo com os procedimentos estabelecidos em lei, os dados relativos aos interesses patrimoniais de seus clientes. O sigilo fiscal, por sua vez, impõe ao Fisco a obrigação de não divulgar, nem mesmo por seus funcionários, as informações obtidas em razão do ofício de administração e fiscalização tributária.

Nos dois casos, vê-se que os dados protegidos são de principal interesse do particular. Do cliente do banco, no caso do sigilo bancário, e do contribuinte ou administrado, no caso do sigilo fiscal. Altera-se, contudo, principalmente o destinatário da obrigação de guardar segredo, além, é claro, dos outros detalhes legais concernentes ao tratamento dado a cada um deles, como a possível responsabilização em caso de divulgação indevida do segredo.

2.3 Os sistemas legais do sigilo bancário

De acordo com a doutrina de Nelson Abrão (2005, p. 65), existem três sistemas legais que bem classificam as diversas acepções do sigilo bancário no mundo: o sistema anglo-saxão, o adotado pelos países da Europa Continental e o sistema do sigilo bancário reforçado, este último adotado pela Suíça e pelo Líbano.

2.3.1 O sistema anglo-saxão

O primeiro sistema - anglo-saxão - é facilmente definível por uma característica bem própria: nesse sistema, o sigilo bancário não encontra amparo legal. Assim explica Nelson Abrão (2005, p. 65):

[...] o direito inglês obriga o banqueiro a revelar o segredo. O Banker's Book Evidence Act, de 13 de maio de 1879, prescreve que o banqueiro deve expedir certidões, extraídas dos livros que usa no comércio e que merecem fé até prova em contrário, mesmo não sendo parte em determinado processo. Não obstante, o direito anglo-saxão sanciona civilmente toda indiscrição injustificada de parte do banco em relação a seu cliente. A Inglaterra permaneceu como um dos poucos países onde os Poderes Públicos não intervêm no funcionamento dos estabelecimentos privados de crédito, o que concorre para debilitar o poder investigatório e os pedidos de informações da Administração Pública.

Vê-se do exposto que, embora não tenha amparo em lei, o direito inglês concedeu ao sigilo bancário importante papel em seu sistema ao estabelecer pouca possibilidade de intervenção do Poder Público no funcionamento dos estabelecimentos privados de crédito e ao possibilitar a sanção civil em caso de indiscrição (a ser entendida como falha na proteção dos dados sigilosos) do banco para com o cliente.

2.3.2 O sistema da Europa Continental

A respeito do segundo sistema legal, o adotado pela Europa Continental, vale apontar que Nelson Abrão explica que esse é o sistema adotado pelo Brasil. Trata-se de um sistema onde o sigilo bancário tem proteção legalmente estabelecida, com a legislação proporcionando os meios de proteção ao sigilo. Conforme a lição de Abrão (2005, p. 65):

Nesses países, a legislação erige um sistema de proteção legal ao sigilo bancário. Não se trata, evidentemente, de segredo de ofício, ou seja, daquele que deve ser observado por um funcionário público, ou por um exercente de serviço público. Isto porque, como bem assinalado, se assim fosse, o cliente não poderia dispensar o banco de observá-lo. Trata-se, desenganadamente, de sigilo profissional [...]. É verdade que, no sistema legal caracterizado como sendo o dos países da Europa Continental, com o qual se identifica o brasileiro, o instituto do segredo comporta derrogações, especialmente na esfera penal e, em alguns casos, no campo civil, mas a regra consiste em cominar sanções de natureza criminal para a violação do sigilo (Código Penal Francês, art. 378; Código Penal italiano, art. 622; Código Penal brasileiro, art. 154).

Diferencia-se, por óbvio, do sistema anglo-saxão por, ao contrário deste, prescrever legalmente a obrigação de observância do sigilo e de cominar, também por lei, penas a serem impostas em caso de divulgação indevida dos dados protegidos.

2.3.3 O sistema do sigilo bancário reforçado

Sobre o terceiro sistema - o do sigilo bancário reforçado -, como o próprio nome sugere, a principal característica a ser destacada é a rigidez na proteção dos dados patrimoniais pelo sigilo bancário. Trata-se de um sistema com mais apreço pela privacidade e que, conforme as críticas doutrinárias, acaba por relevar a necessidade de acesso a dados cobertos por sigilo em situações específicas. Com o passar do tempo, contudo, a proteção reforçada ao sigilo acabou sofrendo uma maior maleabilidade, relativização, porquanto as circunstâncias históricas acabaram por exigir uma maior publicidade aos dados sigilosos. Mais a esse respeito ensina Nelson Abrão (2005, p. 67), ao pontuar, resumidamente, que o sistema reforçado, principalmente na Suíça, sofreu mudança quando a imprensa estrangeira, em colaboração com órgãos de repressão aos abusos cometidos na Segunda Guerra Mundial, exigiu a divulgação de nomes de vítimas e familiares cujos bens e valores foram depositados sob o domínio do sistema do sigilo bancário reforçado. Com a pressão existente, que ganhou repercussão mundial, os bancos acabaram por divulgar listas com os nomes de pessoas que mantiveram valores em depósito, permitindo o recebimento pelos familiares das importâncias depositadas.

Vê-se do exposto que a relativização da proteção ao sigilo foi arrefecida especialmente em função de um fato histórico. Com a Segunda Guerra Mundial, que provocou a mor-

te de milhões de pessoas, os dados de falecidos com contas na Suíça restariam reclusos e fora do conhecimento de eventuais interessados precisamente em razão da própria rigidez do sistema que decerto motivou o depósito dos valores. A pressão internacional, contudo, foi suficiente para afastar sobremaneira a rigidez do sistema e possibilitar o acesso aos dados pela população.

Aliás, é fato que a tendência contemporânea global - que encontra raiz no fenômeno que propiciou a maleabilidade da rigidez no trato do sigilo bancário no exemplo suíço mas é aperfeiçoada e continuada por motivo distinto, que mais diz respeito a uma política estatal de combate à lavagem de dinheiro em escala internacional - é a de crescente relativização da proteção ao sigilo bancário. Nesse sentido, passa a existir um concurso entre os países no trato da matéria do sigilo, permitindo um maior monitoramento nos valores em movimentação (ABRÃO, 2005, p. 68). Isso acaba por facilitar a atuação dos entes estatais em todo o mundo, possibilitando a apuração de irregularidades e ilicitudes.

2.4 Fundamentos do sigilo bancário

Nelson Abrão (2005, p.83) traz reflexão importante que explica historicamente o fundamento do sigilo bancário e bem insinua a delimitação dos termos conceituais de sua definição:

É instintivo à natureza humana o desejo de manter certa discrição no que concerne à posse e disponibilidade dos bens materiais. Quando não for para evitar o agruçamento das pretensões do Fisco, será, pelo menos, para não provocar sentimentos nocivos nos inferiormente dotados de bens. Ostensiva nos primeiros tempos, a titularidade da riqueza foi-se dissimulando: do homem rico com os bens à mostra, chegou-se à pessoa jurídica em que os grandes detentores de ações não são conhecidos do público em geral; os títulos ao portador cristalizam esse sigilo.

Assim, vê-se que o sigilo bancário, mais do que algum capricho liberal ou algum empecilho conceitual à fiscalização por parte do Fisco, tem um fundamento relacionado à própria questão da privacidade, com repercussões na esfera privada de cada pessoa. A fim de proteger elementos da intimidade que sejam considerados sensíveis - e até mesmo para satisfazer instinto humano - completamente natural a necessidade de manter algumas informações longe do conhecimento incondicional do público geral, pois tais informações são antes pertencentes a uma esfera individual, a qual não pode ser invadida indiscriminadamente sem o consentimento do próprio titular.

Portanto, o sigilo bancário tem relação com a própria privacidade e a intimidade, constituindo proteção ao foro privado do indivíduo em relação a suas posses, estas que não

são, decerto, de interesse das outras pessoas. Em questão, nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2011, p. 439) “está o direito de o indivíduo excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ele só é pertinente e que diz respeito ao seu modo de ser exclusivo no âmbito de sua vida privada”.

Por ter relação com a privacidade da pessoa, impossível não relacionar o tema do sigilo bancário e o seu fundamento enquanto direito individual ao tema dos direitos da personalidade. Exatamente por se relacionar ao que é exclusivo da pessoa, por abranger informações que primeiramente somente interessam a uma pessoa e a qual esta tem o direito de, nos termos da lei, proteger da invasão e da intromissão de estranhos - por, em outras palavras, dizer respeito ao próprio modo de ser de cada indivíduo - o sigilo bancário tem fundamentação, também, como direito de personalidade, como uma propriedade que tem como titular cada sujeito.

Nas palavras de Goffredo Telles Jr (2008, p.298):

Como propriedade, a personalidade é um bem. É um bem especialíssimo, porque está entre os primeiríssimos bens do homem: é um bem que diretamente lhe pertence. É o bem que lhe pertence antes que outros bens lhe pertençam. É a primeira propriedade do homem, após os bens da vida e da integridade corporal. É o bem que lhe pertence como primordial utilidade, porque é o que, primeiro, lhe serve para que a pessoa seja como ela é, e para que continue sendo como ela é. Pertence-lhe como primordial utilidade porque, também, é o que lhe serve de primeiro critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens. Estes outros bens já não são os primeiros, já não são bens constitutivos da personalidade. São bens que se acrescentam ao primeiro.

Trabalhando com as doutrinas de Goffredo Telles Jr e dos italianos Roberto de Ruggiero e Fulvio Maroi, a civilista Maria Helena Diniz (2012, p. 133) também traz importante contribuição:

Como pontifica Goffredo Telles Jr., a personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apoia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens.

A própria Constituição Federal de 1988 - como há de se analisar de forma mais pormenorizada em tópico posterior dedicado ao tratamento concedido pelo texto constitucional à questão do sigilo bancário - consagrou como direitos fundamentais o direito à intimidade e à vida privada, ainda abarcando em sua proteção à personalidade a honra e a imagem das pessoas.

Além da questão da proteção à esfera privada frente à publicidade inerentemente existente na vida social, outro importante ponto na fundamentação do sigilo bancário enquanto instituto consagrado no direito objetivo diz respeito à própria natureza do sigilo no contexto da atividade financeira, fundamental ao desenvolvimento da civilização como hoje conhecida.

A esse respeito, cumpre registrar a lição de Arnaldo Wald (1992, p. 238), segundo o qual o sigilo bancário tornou-se, no decorrer da história, condição *sine qua non* da própria existência dos bancos e do exercício de suas funções, criando um direito costumeiro integrado na sociedade civil. A existência do sigilo seria, então, indispensável para a manutenção e o desenvolvimento do sistema bancário, sendo, portanto, essencial ao desenvolvimento de qualquer sistema de poupança que possibilitasse o desenvolvimento econômico da sociedade.

Vê-se assim, que para além da razão humanitária de fundamentação do sigilo pela necessidade de se preservar a vida privada do indivíduo, respeitando-se a sua personalidade e oferecendo meios de protegê-la de agressões injustas, o sigilo bancário também foi, historicamente, importante meio de desenvolvimento de toda a atividade financeira, constituindo pilar inseparável da relação entre as instituições bancárias e os seus clientes, sem o qual não teria sido possível o desenvolvimento como ocorrido na história da civilização.

A esse respeito, vale lembrar a lição de Nelson Hungria (1980, p. 271), em seus comentários ao Código Penal com foco nos artigos que tipificam crimes de violação de segredo¹:

Em relação ao segredo bancário, já assim nos pronunciamos: “Na atualidade, é geralmente reconhecido que entre os confidentes necessários, legalmente obrigados à discrição, figuram os banqueiros. Notadamente nas operações de crédito o sigilo bancário é uma condição imprescindível, não só para segurança do interesse dos clientes do banco como para o próprio êxito da atividade bancária. Raros seriam, por certo, os clientes de bancos, se não contassem com a reserva do banqueiro e seus prepostos. Em nenhuma outra atividade profissional é de se atender, com mais adequação, à advertência de que a alma do negócio é o segredo. Pode dizer-se, aqui, em

¹ São os artigos 153 e 154 do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848/40), que hoje têm a seguinte redação:

Divulgação de segredo

Art. 153 - Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º Somente se procede mediante representação.

§ 1º-A. Divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública:

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 2º Quando resultar prejuízo para a Administração Pública, a ação penal será incondicionada.

Violação do segredo profissional

Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.

relação a certos fatos, que “le secret va de soi”. Entrando no conhecimento da vida financeira de seus clientes, o banqueiro está adstrito a silêncio em torno de quaisquer fatos que, se revelados ou comunicados a terceiros, acarretariam àqueles efetivo ou possível dano.

Realmente, o fato de haver a tipificação de crimes relativos à divulgação indevida de dados protegidos por sigilo já dá uma forte ideia da importância de se garantir a proteção à intimidade e à vida privada.

2.5 As teorias de fundamentação do sigilo bancário

Algumas teorias foram criadas pela doutrina especializada com o objetivo de classificar as mais variadas formas de fundamentação do sigilo bancário nas diversas ordens sociais existentes.

É possível condensar a lição doutrinária geral em sete teorias principais, a saber: a consuetudinária, a contratual, a da responsabilidade civil, a legalista, a do segredo profissional, a teoria da boa fé e a do direito à intimidade.

2.5.1 A teoria consuetudinária

Por essa teoria, o sigilo bancário encontra fundamento em razão da prática comercial das instituições financeiras. Assim, o sigilo das informações enquanto instituto consagrado tem razão de assim ser por estar firmado no costume social como um serviço geral prestado pelos bancos.

Maria José Oliveira Lima Roque [200-?, *on-line*] explica de forma bastante clara:

Os prosélitos desta teoria sustentam que o sigilo bancário se tornou obrigação jurídica em função de seu uso ao longo do tempo, observado como tradição universal por todos os estabelecimentos bancários e por serem atos de comércio, devem seguir o mesmo regime das práticas comerciais.

A grande crítica a essa teoria afirma que ela, em verdade, não traduz fundamentação ao sigilo bancário, mas apenas faz referência a sua fonte formal. Fundamento jurídico e fonte jurídica restariam confundidos pelos adeptos da teoria, segundo a crítica.

Paulo Quezado e Rogério Lima (2002, p. 23), comentando a crítica e explicando, ainda, a não aplicação dessa teoria no caso brasileiro, lecionam:

Duas observações aqui são necessárias: primeira, não se pode apontar o costume como fundamento do sigilo bancário seja lá qual for o país, pois ele não responde o porquê desse direito, eis que é mera fonte desse direito em certos países; segunda, o

costume somente é canal de expressão do direito ao sigilo nos países em que se adota essa teoria, porque, no Brasil, tem-se a lei como veículo-mor de expressão desse direito.

No Brasil, portanto, a lei é o principal veículo de expressão do sigilo bancário, de forma que analisar o fundamento do sigilo bancário pela existência de um direito costumeiro de segredo parece insuficiente.

2.5.2 A teoria contratualista

Essa teoria erige à posição de fundamento do sigilo bancário a relação contratual existente entre o banco e o cliente. É, assim, o contrato entre as duas partes que dá razão e fundamento ao sigilo bancário, com o compromisso da instituição financeira em não revelar os dados do cliente. Nesse contexto, o sigilo bancário seria parte fundamental da relação entre o cliente e o banco.

Álvaro Mello Filho (1984, p. 472 *apud* QUEZADO; LIMA, 2002, p. 24) bem condensa o significado da teoria contratualista:

Os defensores dessa teoria “justificam o sigilo bancário como um dever jurídico oriundo da relação contratual que une o banco ao cliente. Dentro deste quadro, o sigilo bancário coloca-se como uma das arestas fundamentais em que se sustentam as operações bancárias, ou seja, os contratos bancários que constituem sua forma jurídica principal”.

Boucinhas (2005) também traz apresentação da teoria citada:

Bastante aceita em países que não têm regra expressa, como Inglaterra e Itália, a teoria contratualista defende que o sigilo bancário decorre da relação contratual formada voluntariamente entre o banco e o cliente, através da qual a instituição financeira se compromete a guardar segredo das operações que realizar, ainda que não haja cláusula nesse sentido. Seus defensores atestam que ela se inspira nos usos, nos costumes e na boa-fé, aplicáveis na interpretação dos contratos comerciais.

Assim sendo, na relação entre o banco e o cliente já restaria implícita uma obrigação de manutenção do sigilo, parte constituinte da própria relação e sem a qual o contrato entre as duas partes restaria sem sentido. Para isso, é prescindível a existência de uma cláusula imposta pelo Estado que assegure o sigilo das informações.

As críticas a essa teoria não muito diferem das direcionadas à teoria consuetudinária. Pois mais correto do que dizer que o contrato bancário é que fundamenta o sigilo é afirmar que o próprio dever de sigilo dá fundamento ao contrato bancário. O contrato, como já bem define a doutrina, é fonte formal não estatal. Sendo fonte, não pode ser fundamento

(QUEZADO; LIMA, 2002, p. 24). Mais uma vez, o suposto fundamento do sigilo bancário seria, na verdade, mera fonte.

2.5.3 A teoria da responsabilidade civil

Difícilmente aceita pela doutrina, essa teoria busca a fundamentação do sigilo bancário no fato de a não observância do sigilo configurar hipótese de indenização pelos danos sofridos. Fundamentaria, assim, o sigilo bancário, a reparação imposta ao banco pelo dever desrespeitado de não revelar informações somente interessantes à relação privada deste com o cliente.

O fundamento da existência do sigilo bancário seria retirado, de acordo com essa teoria, do efeito da não observância do sigilo.

Vale a crítica de Paulo Quezado e Rogério Lima (2002, p. 24), que bem destacaram o já exposto: “Extrair a razão de ser do sigilo bancário no dever do banqueiro em resguardar os dados secretos de seus clientes, sob o medo da responsabilidade civil, é o mesmo que fundamentar o Direito em seus aspectos negativo e passageiro, em suma, na coação”.

Bem construída a crítica, vez que aceitar a responsabilidade civil, que decorre da não observância do sigilo, como fundamento do próprio sigilo, parece de fato inaceitável. Aceitar isso transformaria a sanção a uma prática proibida a própria fundamentação do dever de não praticar a atividade proibida.

2.5.4 A teoria legalista

A teoria legalista não ousa diferir muito quanto à origem da obrigação de manter sigilo. A origem da obrigação teria ocorrido, de fato, com a prática comercial e da relação dos particulares com os bancos. Essa teoria encontra um fundamento, porém, que superando a prática costumeira e não exarada por um órgão soberano dominante, é agora encontrado na lei, por meio de um dispositivo que prevê a existência do dever de sigilo.

O problema enfrentado por essa teoria, portanto, não é muito diferente dos já analisados. A lei, enfrentada agora como fundamento do sigilo, na verdade constitui forma de expressão do sigilo, estabelecendo-se como fonte jurídica da obrigação de manter segredo.

Conforme Marcos Torres Cavalcante (2006, p. 12):

À semelhança da teoria consuetudinária, a tese legalista peca por atribuir o fundamento jurídico do sigilo não à causa que realmente lhe dá sustentáculo, mas sim a

outra forma de expressão do direito, hodiernamente mais importante do mundo, a lei. Isto, porém, não leva em conta que nos sistemas jurídicos em que a norma escrita não predomina, tal raciocínio torna-se fragilizado.

De fato, conforme já explicitado na análise dos diversos sistemas legais onde o sigilo bancário é abordado, em algumas situações não é a lei que estabelece a existência do instituto, que encontra expressão por meio de diferentes formas. Em países onde a norma costumeira se sobrepõe à lei enquanto diploma formal, o raciocínio de fundamentação do sigilo pelo dispositivo legal que o prevê resta bastante prejudicado.

2.5.5 A teoria do segredo profissional

Esta teoria impõe como fundamento do sigilo bancário a inclusão deste nos chamados segredos profissionais, que são segredos aos quais a legislação dá especial proteção, prevendo de forma expressa sua inviolabilidade. No caso brasileiro, o Código Penal trouxe em seu artigo 154 a tipificação do crime de violação de segredo profissional:

Violação do segredo profissional

Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.

O sigilo bancário existiria, portanto, pela profissão do banqueiro, sendo resultado de exigência da atividade profissional bancária. O indivíduo enquanto cliente não teria a garantia do segredo, mas porque a atividade bancária tem como dever o segredo profissional, somente o banco tem acesso aos dados dos clientes (QUEZADO e LIMA, 2002, p. 25)

Não se trata de teoria plenamente aceita, conforme Rubens Nora Chammas (2006, p. 45):

As objeções verificadas a esta teoria são, basicamente, de duas ordens. A primeira está relacionada ao próprio fato de estar o sigilo financeiro incluído ou não entre os chamados segredos profissionais. Duas correntes doutrinárias distintas se ocupam do tema chegando à conclusão contrária. A corrente que defende o caráter profissional do sigilo financeiro encontra grande acolhida na Europa, particularmente na França, onde, apesar de não expressamente previsto no artigo 378 do Código Penal Francês, que trata do segredo profissional, há disposição legal expressa na legislação bancária que remete ao Código Penal, como ocorre também em Luxemburgo, Argélia e Portugal.

No Brasil, contudo, a classificação do sigilo bancário como espécie do gênero sigilo profissional foi acolhida por Covello (2001, p. 140 *apud* CHAMMAS, 2006, p. 46):

O sigilo bancário é, sem dúvida, uma espécie de sigilo profissional, pois surge do exercício da atividade bancária que se caracteriza pela profissionalidade. Os Bancos são, na verdade, intermediários profissionais do crédito e, hoje em dia, na maioria dos países, exercem com exclusividade tal mister.

Assim, da atividade bancária entre o banqueiro e o cliente resultaria uma relação profissional cujos dados revelados em sua função estariam protegidos por sigilo. É, assim, ponto fundamental dessa teoria que os dados protegidos por sigilo bancário constituem informações protegida pelas normas direcionadas à proibição de divulgação do segredo profissional.

Como visto, contudo, o fato de ser o sigilo bancário espécie do gênero segredo profissional, ou de ser o segredo profissional que fundamenta o sigilo bancário, não é aceito de forma uníssona pela doutrina. A crítica que se faz por parte dos doutrinadores, além da já exposta em relação a não estar o sigilo bancário incluído nas espécies de segredo profissional, diz respeito, mais uma vez, a não ser o objeto da teoria verdadeiro fundamento, mas sim uma modalidade de expressão do dever de sigilo bancário em um determinado ordenamento jurídico considerado.

Condensa bem as críticas direcionadas a essa tese a lição de Paulo Quezado e Rogério Lima (2002, p. 26):

O porquê do sigilo bancário não é o segredo profissional. Aquele segredo não se baseia em uma ocupação profissional, sob pena de desaparecer. Não é porque atualmente, com a Lei Complementar nº 105/2001, os banqueiros devem prestar informações diretamente à Receita Federal quando solicitados, ou seja, não poderão mais se esquivar do cumprimento dessa requisição atrás do dever de segredo profissional, que seus clientes não mais possuirão direito ao sigilo bancário. Bancário e profissional são apenas qualificativos do termo sigilo. Os sigilos bancário, profissional e fiscal são espécies do gênero sigilo. Logicamente, uma espécie não busca fundamento em outra espécie.

Destarte, parece certo que, embora não se possa negar a relação existente entre a proteção do banqueiro, sua atividade com o cliente e a necessidade de manutenção de segredo a respeito de suas atividades, a fundamentação do sigilo bancário simplesmente pelo segredo profissional acaba insuficiente. Necessário é saber a razão da proteção estipulada, o porquê da necessidade de segredo, sob pena de se acabar por negar a proteção constitucional concedida ao sigilo bancário e possibilitar a quebra do sigilo por meio da relativização do segredo a ser guardado em razão da profissão.

2.5.6 A teoria da boa fé

A teoria da boa fé, também chamada teoria da lisura, aponta como fundamento para o sigilo bancário o dever destinado a todos de agir em suas relações com os outros com lealdade, lisura e boa fé.

Impossível não apontar a semelhança existente entre a teoria da boa fé e duas das teorias já analisadas: a contratualista e a consuetudinária. Isso porque o dever de agir com lealdade e boa fé é expressão ou do costume, estando incorporado à atividade social, ou mesmo da própria atividade bancária regida por contrato, que, se pautada por outra coisa que não a boa fé, restaria impraticável.

Um problema a ser analisado diz respeito à própria exigibilidade de uma conduta pautada na boa fé. De fato, em muitas localidades e de acordo com a prática jurídica mundialmente consagrada, é muitas vezes necessário que, para se exigir determinado comportamento, lei discipline que esse é o comportamento a ser adotado. Além disso, mais uma vez é o caso da teoria sob análise não apontar exatamente o fundamento do sigilo bancário, mas apenas fazer referência a sua expressão no mundo real.

As críticas, portanto, não são necessariamente distintas. Segundo Covello (2001, p. 144 *apud* CHAMMAS, 2006, p. 50):

A teoria da boa fé ou do dever de lisura é válida, mas não satisfaz. Primeiro, porque não deixa de ser uma teoria contratualista, ressentindo-se, assim das mesmas falhas dessa corrente de pensamento. Segundo, porque o dever de lisura só pode ser invocado, como fonte de obrigação, em países como a Itália, onde existe consagração legislativa expressa. Nas legislações onde falta regra parecida, esta teoria não encontra amparo que lhe dê validade, a menos que se recorra aos princípios gerais de direito – porquanto a boa fé como o dever de lisura são princípios gerais do direito – e, então chegaremos ao direito natural, cujo princípio básico é fazer o bem e evitar o mal. Além desses senões, a teoria não dá o fundamento do sigilo bancário, porque não aponta, senão de passagem, o fato do qual decorre a obrigação.

Assim sendo, parece, de fato, a teoria da boa fé, no mínimo, insuficiente. Primeiro porque carente porquanto não facilmente exigível em caso de não haver determinação legal que obrigue à boa fé na relação jurídica a ser regulada pelo Direito e, em segundo lugar, porque não explica fundamento do sigilo bancário, mas apenas recorre a um aspecto da teoria contratualista, conforme visto.

2.5.7 A teoria do direito à intimidade

Por esta teoria, o fundamento do sigilo bancário seria encontrado no direito à intimidade, inerente a cada pessoa e consagrado como direito de personalidade. Assim, seria o direito de cada pessoa de manter dados de sua vida privada fora do conhecimento dos outros

que concederia fundamento ao sigilo bancário, pelo qual aos bancos recairia a proibição de divulgação dos dados relativos à vida econômica privada do cliente.

Trata-se da teoria predominante na doutrina e na jurisprudência, que encontrou especial força no Brasil com a promulgação da Constituição de 1988, conforme se verá mais adiante.

Pela teoria do direito à intimidade tem-se que o sigilo bancário encontra fundamento como proteção à intimidade de cada indivíduo, englobando dados que somente são de interesse da esfera privada de cada pessoa.

A esse respeito, e a fim de bem situar conceitualmente expressões como intimidade e privacidade, vale a lição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2002, p. 442):

No recôndito da privacidade se esconde, pois, em primeiro lugar, a intimidade. A intimidade não exige publicidade, porque não envolve direitos de terceiros. No âmbito da privacidade, a intimidade é o mais exclusivo dos seus direitos.

[...]

Embora os comentadores não vejam diferença entre vida privada e intimidade (cf. Ferreira Filho, p. 35, Cretella Junior, p. 257), pode-se vislumbrar um diferente grau de exclusividade entre ambas. A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum). Não há um conceito absoluto de intimidade, embora se possa dizer que o seu atributo básico é o estar-só, não exclui o segredo e a autonomia. Nestes termos, é possível exemplificá-la: 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. [...] Seu atributo máximo é o segredo, embora inclua também a autonomia e, eventualmente, o estar-só com os seus.

Vê-se, assim, que embora parte da doutrina reconheça distinção entre o que comporia a esfera da intimidade e da vida privada, a título de fundamentação do sigilo bancário essa distinção não altera o essencial. O sigilo bancário fundamentado no direito à intimidade encontra razão por serem os dados protegidos por esse sigilo constituintes da vida íntima de cada pessoa; esta que, por esse motivo, passa a ter o direito de manter as informações de sua vida econômica privada longe do conhecimento de terceiros, preservando, assim, seu direito de personalidade.

Conforme Luís Roberto Barroso (2010, p.61):

A vida humana tem início e se desenvolve em sua primeira fase dentro de um espaço estritamente privado. Mesmo após tomar consciência de si mesmo, do outro e do mundo à sua volta, todo indivíduo conserva, pela vida afora, sua intimidade personíssima: seus valores, sentimentos, desejos e frustrações. Este é um espaço inacessível da vida das pessoas e, normalmente, será indiferente ao Direito. Nele reina a psicologia, a psicanálise, a filosofia, a religião. Saindo de dentro de si, o homem conserva, ainda, um domínio reservado, o da sua privacidade ou vida privada: ali se estabelecem as relações de família (e outras, de afeto e de amizade), protegidas do mundo exterior pelo lar, pela casa, pelo domicílio. O Direito, é certo, já interfere

nessas relações, mas com o intuito de fortalecê-las e preservá-las. A intimidade e a vida privada formam o núcleo do espaço privado.

Optar por uma fundamentação do sigilo bancário à luz do direito à intimidade, é, portanto, identificar a proteção ao segredo dos dados bancários como expoente do resguardo da intimidade e do espaço privado de cada pessoa. Mais a esse respeito citam Rogério Lindenmeyer Vidal Gandra da Silva Martins e Soraya David Monteiro Locatelli (2013, p. 1196):

Circulam diariamente pelos bancos, diversas informações sobre os usuários de seu sistema, informações estas que permitem aferir os mais variados aspectos da vida privada de cada um. Por intermédio da simples movimentação bancária, da análise de eventuais aplicações financeiras e de pagamentos efetuados, bem como da avaliação patrimonial para concessão ou não, de um crédito ou financiamento, é possível traçar, por exemplo, o perfil do investidor, verificar seus hábitos, aspirações, histórico pessoal, características familiares e até sua opção religiosa, entre tantos outros fatores capazes de refletir o seu estilo de vida.

Diante desse quadro, não restam dúvidas de que os correntistas confiam aos bancos informações pessoais que devem ser protegidas de terceiros alheios à relação contratual então firmada, vez que vinculadas diretamente à sua privacidade. Com certeza, trata-se de dados muitas vezes ligados ao âmago do indivíduo, verdadeiros segredos que este não quer que sejam revelados a ninguém, ou, quando muito, a apenas um número restrito de pessoas das quais tenha pleno conhecimento.

Assim, mais do que simplesmente evitar o conhecimento, por parte de terceiros, de quanto em dinheiro cada pessoa tem na sua conta, o sigilo bancário acaba por proteger elementos da vida privada de cada um. Isso porque por meio da análise da movimentação da conta do indivíduo e da investigação a algumas aplicações financeiras e alguns pagamentos já é possível o descobrimento de fatores conexos a cada um desses fatos, representantes de assuntos pessoais e constituintes de informações cuja revelação a terceiros pode representar sério atentado à privacidade e intimidade.

2.6 Sigilo bancário na Constituição de 1988

Embora não encontre disposição expressa no texto da Constituição, o sigilo bancário em seu aspecto constitucional é hoje entendido como decorrente de dois principais incisos constantes no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, os incisos X e XII.

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

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de

dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Do inciso X é possível extrair principalmente a inviolabilidade da intimidade e da vida privada como grandes corolários de fundamentação ao sigilo bancário. Conforme já exposto anteriormente, grande parte da doutrina tem como fundamento do sigilo bancário a teoria do direito à intimidade, o que faria dos dados bancários informações pertencentes à esfera privada do indivíduo, sendo, portanto, objeto de sigilo e de resguardo do interesse indevido de terceiros.

Do artigo XII, o principal comando interessante ao sigilo bancário em sua feição constitucional é a inviolabilidade dos dados, pelo que a doutrina aponta que os dados bancários constituiriam espécie dos dados protegidos pelo dispositivo constitucional.

Conforme Alexandre de Moraes (2014, p. 72):

A inviolabilidade do sigilo de dados (art. 5º, XII) complementa a previsão ao direito à intimidade e vida privada (art. 5º, X), sendo ambas as previsões de defesa da privacidade regidas pelo princípio da exclusividade [...]. Com relação a esta necessidade de proteção à privacidade humana, não podemos deixar de considerar que as informações fiscais e bancárias, sejam as constantes nas próprias instituições financeiras, sejam as constantes na Receita Federal ou organismos congêneres do Poder Público, constituem parte da vida privada da pessoa física ou jurídica.

Considera o doutrinador constitucional que os dados fiscais e bancários fazem parte da vida privada da pessoa física ou jurídica, o que atrairia a inviolabilidade de dados, da intimidade e da vida privada garantida como direito fundamental no artigo 5º, incisos X e XII da Constituição Federal.

Mais a esse respeito, trazendo raciocínio a respeito da abordagem do sigilo bancário em relação à Constituição, vale citar as lições de Napoleão Nunes Maia Filho (2002, p. 48):

Será relevante observar que a garantia do sigilo bancário não se acha formulada em termos expressos na Carta Magna vigente, mas resulta (com absoluta certeza) da explícita proteção assegurada à intimidade e à vida privada das pessoas (art. 5º, X), em combinação com a garantia ao sigilo de dados (art. 5º, XII).

A doutrina jurídica bem cedo percebeu e estabeleceu a conexão entre os referidos dispositivos, de sorte que não tem essa proteção (ao sigilo bancário) por controversa, como anotam EVENI LONGO (Direitos Humanos e a Proteção dos Dados Pessoais, in Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, RT, 1995, nº.11, p. 176) e o eminente Professor TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ (Sigilo de Dados: o Direito à Privacidade e os Limites à Função Fiscalizadora do Estado, in Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, RT, 1995), nº 11, p. 82), embora ainda haja, por verdade, algum raro, muito raro, dissenso sobre as hipóteses de seu excepcionamento.

Vê-se do exposto que, embora não encontre expressa previsão no texto da Carta Magna, a fundamentação constitucional do sigilo bancário presente na Constituição de 1988 não é tema muito debatido, tendo reconhecimento da maior parte da doutrina jurídica.

Outra importante relação a ser feita entre o tema e a Constituição Federal de 1988, até mesmo para as futuras análises a respeito do posicionamento do Supremo Tribunal Federal e da discussão pautada na necessidade ou não de interferência do Poder Judiciário que autorize a quebra do sigilo, é a existente entre o sigilo bancário e o devido processo legal, princípio cujos alguns dos efeitos imediatos os constitucionalistas consideram expressos no inciso LV do mesmo artigo 5º da Constituição Federal, que traz a seguinte redação: “LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

A relação entre o sigilo bancário e Devido Processo legal conforme sua previsão na Constituição Federal é abordada principalmente por doutrinadores contrários à posição adotada pelo STF de reconhecer a constitucionalidade do artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001, por entenderem esses doutrinadores que a quebra do sigilo bancário pelo órgão da administração tributária feriria o devido processo legal, eis que a parte diretamente interessada no afastamento do segredo das informações bancárias estaria relativizando um direito fundamental garantido no rol do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. A relação também é feita, contudo, por aqueles que se posicionam de forma favorável à constitucionalidade e plena aplicabilidade da Lei Complementar nº 105/2001, conforme se verá mais adiante de forma mais detalhada, no que resta de certa forma bastante estabilizada na literatura jurídica a fundamentação constitucional proposta.

3 HISTÓRICO DO SIGILO BANCÁRIO E A LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001

Foca-se, agora, em outros termos imprescindíveis à correta investigação da questão do sigilo bancário na atual conjuntura política e jurídica, investigando sua origem histórica, seu desenvolvimento e sua atual configuração na ordem jurídica brasileira.

3.1 Origens históricas

Não há exatamente, na doutrina pátria, um consenso na delimitação específica da origem do sigilo bancário na história da humanidade. Isso não ocorre, contudo, por alguma divergência insuperável ou por se tratar de uma questão a ser resolvida a partir deste ou daquele pressuposto, mas especialmente porque localizar historicamente o momento de nascimento do conceito de sigilo bancário e de sua positivação enquanto direito é tarefa ainda não cientificamente exata.

Por esse motivo, muitos autores preferem fixar um termo de origem do sigilo bancário no próprio início da atividade bancária, ou optam pelo uso de expressões indeterminadas, o que bem evidencia a dificuldade (ou mesmo impossibilidade) de se determinar, na escala da história, um momento específico de surgimento do sigilo bancário.

Não se sabe, assim, com absoluta segurança quando surgiu a prática do sigilo bancário, mas se pode afirmar que o momento que marca o início de seu uso é a Antiguidade, quando se iniciaram remotas e primitivas operações com depósitos de coisas móveis, firmando a base da prática do sigilo bancário na tradição (MAIA FILHO, 2002, p. 25).

Em razão dessa imprecisão temporal, a disquição histórica do instituto torna-se impossível, remanescendo o critério lógico ou dogmático como meio principal a ser utilizado na investigação de sua origem. Assim, pode-se acertar que o sigilo bancário surge com o nascimento da atividade bancária, fixando-se a ela em razão de seu inerente caráter de discrição, não se separando, assim, salvo em hipóteses excepcionais previstas em lei, a fim de se resguardar o bem comum e a ordem pública (ABRÃO, 2005, p. 61).

Quando se discute a respeito do sigilo bancário enquanto instituto codificado, contudo, torna-se mais viável fixar um tempo histórico. De fato, foi o Código babilônico de Hamurabi que primeiro trouxe – ainda que não explicitamente e fruto de uma interpretação a contrario sensu – o sigilo bancário. Nelson Abrão (2005, p. 62) traz, em sua obra intitulada “Direito Bancário”, boa condução histórica a respeito:

As operações bancárias precederam a existência da moeda, desenvolvendo-se, então, *in natura*. A mais antiga referência ao sigilo bancário é encontrada no vetusto Código de Hamurabi, rei da Babilônia, o qual mencionava a possibilidade que tinha o banqueiro de desvendar seus arquivos em caso de conflito com o cliente. A contrario sensu, interpreta-se que, fora daí, o banco estava adstrito à obrigação do segredo.

Constituiu consenso que a atividade bancária, como profissão especializada, surgiu na Grécia. Mas, ainda assim, não inteiramente desligada dos umbrais dos templos, seus berços: os de Delfos, Samos e Éfeso foram os principais. Os banqueiros, além de propiciarem guarda segura aos valores de seus clientes, redigiam instrumentos negociais e orientavam a respeito de negócios, graças aos conhecimentos que tinham dos textos legais.

A moeda teria surgido aos 268 a. C., segundo Tito Lívio, cunhada que fora no templo de Juno, a Conselheira (Moneta). O banqueiro romano – *argentarius* – deveria possuir um livro secreto de “dever e haver”, o *Codex*, conservado em segredo e só exibível na Justiça em caso de litígio com o próprio cliente.

Bem aponta, assim, o autor, os principais eventos na evolução do instituto do direito bancário, ainda explicando que, na origem da atividade bancária, esta era considerada como emanada da autoridade divina, exercida por meio dos sacerdotes, o que explica o fato de, nos tempos antigos, estar a atividade bancária bastante ligada aos templos.

Com a doutrina de Napoleão Nunes Maia Filho (2002, p. 28-33), alguns apontamentos a mais são possíveis:

Referindo-se ao período grego, pode-se dizer que a razão do costume de confiança de valores aos religiosos derivava-se, primeiramente das condições de segurança física dos estabelecimentos religiosos e, também, do fato dos clérigos de todas as religiões serem mais propensos à guarda de segredos. A proteção à privacidade na cultura grega era, assim, um traço do respeito religioso concedido à pessoa humana, o que pode ser extraído mesmo do famoso Juramento de Hipócrates².

Em Roma, destacava-se o sistema jurídico que preservava como coisa sagrada (*res sacra*) o segredo de informações obtidas em razão do exercício de profissão, especialmente a do advogado. Na Idade Média, a importância do sigilo bancário teve bastante influência com a proibição da usura pela Igreja Católica. Na Alta Idade Média, a atividade dos cambistas ou banqueiros nas feiras, de guarda de valores e de troca de mercadorias, teve apoio com a expansão europeia terrestre, onde nasceu a necessidade de formação de grêmios de banqueiros a fim de melhor guardar os valores e de garantir a segurança dos empreendimentos bancários. Nesses grêmios está a origem dos bancos modernos; em seus estatutos, a primitiva forma escrita de sigilo bancário.

² Vale o destaque ao trecho do Juramento que guarda estreita relação com a manutenção do sigilo: “Aquilo que no exercício ou fora do exercício da profissão e no convívio da sociedade, eu tiver visto ou ouvido, que não seja preciso divulgar, eu conservarei inteiramente secreto”.

Por fim, já nos tempos modernos, foi com o desenvolvimento das atividades humanas e sociais, concomitante ao surgimento das grandes companhias de navegação, os grandes descobrimentos e o aparecimento do Estado Moderno e da burguesia, que houve a expansão dos créditos e depósitos de valores mobiliários, o que culminou com um grande desenvolvimento da atividade bancária. Assim, nasceu uma necessidade de maior disciplina das atividades dos banqueiros, o que deu destaque à proteção da discricção quanto aos negócios realizados entre bancos e clientes, estes inclusive príncipes ou estadistas.

3.2 O Código Comercial de 1850

No Brasil, explicam Paulo Quezado e Rogério Lima (2002, p. 9), a origem de uma proteção legal rígida ao sigilo bancário data do Código Comercial de 1850, que trouxe em seu artigo 17 a seguinte redação:

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

Vê-se que a proteção trazida por este diploma, ainda que não exatamente correspondente ao sigilo bancário enquanto conhecido em seu alcance hodierno (vez que diz respeito mais à proteção de que dispõe o comerciante contra a autoridade fazendária do que ao sigilo que devem guardar os agentes financeiros quanto às operações com seus clientes), significou importante marco, mormente por estabelecer fortes restrições aos poderes de invasão de privacidade ostentados pelas autoridades. Isto fica ainda mais claro com o uso de expressões de claro cunho protetivo, com explícito objetivo de evidenciar a proibição contida no dispositivo (as expressões “debaixo de pretexto algum” e “por mais especioso que seja” bem denotam esse raciocínio).

Não por muito tempo, contudo, durou isso. Conforme Aliomar Baleeiro (1993, p. 616): “gradualmente, as leis e regulamentos de impostos de consumo, renda e selo afastaram o rigor desse dispositivo, deixando os livros, arquivos e stocks abertos à devassa dos agentes fiscais”.

Exatamente pelo zelo à proteção do sigilo contida no dispositivo, os autores previamente citados preferem fixar o Código Comercial como expoente do momento histórico de surgimento da proteção (rígida) ao sigilo bancário no Brasil. Trazem, contudo, posição de Melissa Folmann (2001, p. 79 *apud* QUEZADO; LIMA, 2002, p. 9), que faz referência a um

alvará datado de 1756 que trouxe a máxima “o segredo é a alma do negócio”. Parece mais coerente a posição dos primeiros autores, vez que uma máxima não significa, por si, proteção legal, muito menos detalha e bem estabelece uma posição de proteção como o dispositivo citado do Código Comercial de 1850.

Outros dois importantes marcos no desenvolvimento da tratativa ao tema no direito brasileiro que merecem destaque são a Lei 4.595/65, que trouxe o Sistema Financeiro Nacional, e, por óbvio, o Código Tributário Nacional, que trouxe importante disciplina à questão.

3.3 A Lei nº 4.595/65

A Lei nº 4.595/65 destacou-se por trazer em seus dispositivos as possibilidades legais de quebra do sigilo bancário, o que, se por um lado disciplinava meios de relativizar a proteção do sigilo bancário, por outro trouxe importante reconhecimento à importância de fazer com que essa relativização se desse em termos razoáveis, sempre nos exatos limites da lei. Assim, bastante importante na história do sigilo bancário o artigo 38³ da referida lei. Lembra-se, contudo, que o mesmo artigo está revogado pela Lei Complementar nº 105/2001.

O artigo 38 da Lei nº 4.595/65 permitiu o acesso aos dados de sigilo bancário pelos três poderes, respeitadas as condições e obedecidos os requisitos conforme prevê a lei. Ademais, a proteção ao sigilo bancário encontra importante amparo normativo no parágrafo

³ Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. §1º As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central da República do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em Juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma. §2º O Banco Central da República do Brasil e as instituições financeiras públicas prestarão informações ao Poder Legislativo, podendo, havendo relevantes motivos, solicitar sejam mantidas em reserva ou sigilo. §3º As Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício da competência constitucional e legal de ampla investigação (art. 53 da Constituição Federal e Lei nº 1579, de 18 de março de 1952), obterão as informações que necessitarem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central da República do Brasil. §[...] §5º Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente. §6º O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames serem conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente. §7º A quebra do sigilo de que trata este artigo constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

7º do artigo, que dispôs que a quebra do sigilo fora das condições estatuídas pelo artigo constituiria crime, sujeitando os responsáveis à pena de reclusão de um a quatro anos.

Importante perceber que, até a edição da Lei Complementar nº 105 em 2001, foi o artigo 38 da lei 4.595/65 que principalmente regulou o sigilo bancário, fato que bem dimensiona a importância de sua análise. O fato de ser, originariamente, uma lei ordinária, não afetou a sua recepção pela Constituição de 1988 como Lei Complementar em termos de eficácia, o que possibilitou que a matéria fosse por ela regulada. Trata-se, do fenômeno da recepção, como bem explicado por Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2012, p. 164):

O importante, então, é que a lei antiga, no seu conteúdo, não destoe da nova Constituição. Pouco importa que a forma de que o diploma se revista não mais seja prevista no novo Texto Magno. Não há conferir importância a eventual incompatibilidade de forma com a nova Constituição. A forma é regida pela lei da época do ato (*tempus regit actum*), sendo, pois, irrelevante para a recepção. Assim, mesmo que o ato normativo se exprima por instrumento diferente daquele que a nova Carta exige para a regulação de determinada matéria, permanecerá em vigor e válido se houver a concordância material, i. é, de conteúdo, com as novas normas constitucionais.

Embora trouxesse a lei, em seu parágrafo 5º, a previsão de que o sigilo poderia ser quebrado pelos agentes fiscais tributários mediante processo instaurado, era entendimento recorrente na jurisprudência e na doutrina à época que, em virtude da natureza e fundamentação da proteção ao sigilo bancário no direito brasileiro, que teria índole eminentemente constitucional o processo que poderia ocasionar a quebra de sigilo bancário deveria ser judicial, em razão do postulado da reserva constitucional de jurisdição.

Sobre a reserva de jurisdição, bem assentou a sua implicação o ministro Celso de Mello, por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança nº 23.452/RJ, ao afirmar que o postulado da reserva constitucional da jurisdição traduz a noção de que, nos temas em que tal postulado é aplicado, assiste ao Poder Judiciário não apenas a última palavra a respeito da questão, mas a “prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra”, o que exclui a possibilidade de exercício de igual atribuição por qualquer outro órgão ou autoridade do Estado.

Assenta Ricardo Lobo Torres (2011, p. 323), em complemento, que a posição que vigorou à época da lei tanto na jurisprudência como na doutrina dominante foi o de entendimento pela necessidade de ordem judicial que autorizasse a quebra do sigilo bancário:

Com efeito, no Brasil a doutrina e jurisprudência vêm fechando a possibilidade de desvendamento do segredo bancário pela autoridade fiscalizadora. Qualquer necessidade de conhecimento das transações bancárias do contribuinte só podia ser suprida pelo juiz, sob pena de intromissão na privacidade do cidadão, conforme fixou o Superior Tribunal de Justiça ao interpretar restritivamente o art. 38, "§ 5º da Lei nº 4.595/64 (RESP 37.566-5/RS, Ac da 1º T, de 2.2.94, Min. Demócrito Reinaldo, DJ 28.3.94, RDA 197: 174).

Uma análise do julgando do STJ⁴ que definiu a posição da jurisprudência brasileira a respeito do artigo sob análise, como bem comentou o jurista citado, revela, pela leitura do voto do relator Demócrito Reinaldo, o apreço à proteção ao sigilo das informações relativas às movimentações do contribuinte, que deveriam ser de conhecimento apenas do próprio banco e do cliente/contribuinte, somente competindo ao Judiciário autorizar a quebra do sigilo. Assim votou o relator:

Segundo entendo, a exegese integrada dos artigos 197, II e § 1º do CTN, concede à autoridade fiscal o poder de solicitar as informações que repute necessária à instrução ou apuração de débito Tributário, desde que as mesmas não se abriguem sob o manto inviolável do sigilo bancário. Noutras palavras: devem as instituições financeiras atender à solicitação de informações encaminhada pelo Fisco, cumprindo--lhe, porém, negar--se a fornecer qualquer espécie de notícia ou documentação pertinente à movimentação ativa e passiva do correntista/contribuinte bem como dos serviços a ele prestados (artigo 38, "caput", da Lei nº 4.595/64).

A interpretação, portanto, era clara no sentido de permitir a fiscalização sem interferência do Poder Judiciário somente em relação aos dados que não fossem protegidos pelo sigilo. Sendo caso de informação coberta pelo segredo bancário, necessária seria a ordem do Poder Judiciário determinando a quebra de sigilo.

3.4 O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66)

Pouco tempo depois da edição da lei 4.595/65, veio ao plano jurídico brasileiro o Código Tributário Nacional, que, além de regular diversos dispositivos tributários e tomar a função de diploma fundamental do Direito Tributário no Brasil, trouxe importantes considerações a respeito do sigilo bancário.

O Código Tributário Nacional também foi recepcionado pela Constituição de 1988. Mesmo que formalmente uma lei ordinária (Lei nº 5.172/66), por ser materialmente compatível com as exigências de regulação de matéria propostas pela Constituição, o diploma foi recepcionado com eficácia de lei complementar.

Sobre a validade do Código Tributário Nacional e o afastamento de qualquer tese de inconstitucionalidade por formalidade, o que persiste mesmo se considerada a sua natureza de lei ordinária em face da exigência constitucional de lei complementar para regular a matéria no artigo 146⁵, vale citar a lição do professor Hugo de Brito Machado (2010, p.87):

⁴ RESP 37.566-5/RS, Ac da 1º T, de 2.2.94, Min. Demócrito Reinaldo, DJ 28.3.94.

⁵ Art. 146. Cabe à lei complementar:

II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária [...]

Como se explica, então, que o Código Tributário Nacional seja uma lei válida, embora sendo uma lei ordinária? É que a validade da lei, do ponto de vista formal, que consiste na sua compatibilidade com a norma superior que lhe serve de fundamento, deve ser verificada tendo-se em vista a norma superior vigente da data de sua edição. E na data da edição do Código Tributário Nacional a norma superior não exigia lei complementar para o trato da matéria no mesmo disciplinada. Em outras palavras, quanto ao procedimento de sua elaboração o Código Tributário Nacional obedeceu à Constituição vigente na data em que foi elaborado.

Vale lembrar, ademais, que a ocorrência da recepção pela Lei Maior de diplomas normativos de natureza formal diferente da prevista não configura dizer que lei complementar é aquela que, independente de sua forma, trata de conteúdo cuja previsão de regulação foi constitucionalmente estabelecida como de responsabilidade da lei complementar. De fato, mesmo quando recepcionado com eficácia de lei complementar, o Código Tributário nacional não se tornou lei complementar, como bem explica o professor Hugo de Brito Machado (2010, p.86) ao afirmar, em resumo, que, na verdade, o Código Tributário Nacional continua sendo uma lei ordinária; contudo, a matéria por ele tratada está hoje reservada à competência de lei complementar. Assim, seus dispositivos, que tratam de matéria hoje privativa de lei complementar, só por lei complementar podem ser alterados.

Passando ao exame das mudanças e disposições trazidas pelo Código, é importante destacar os artigos que trataram, de alguma forma, da proteção legal ao sigilo e das hipóteses de afastamento do mesmo:

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

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

Art. 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que dispõem com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

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

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

III - as empresas de administração de bens;

IV - os corretores, leiloeiros e despachantes oficiais;

V - os inventariantes;

VI - os síndicos, comissários e liquidatários;

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

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

O primeiro artigo, ainda que não faça referência expressa ao sigilo bancário, nem preveja mecanismos legais de seu afastamento ou desconsideração, é de importante análise pois, por sua leitura, fica claro que a intenção do legislador foi de prever mecanismos de evitar que, sob o argumento de proteção ao sigilo bancário ou a preservação aos direitos de intimidade, acabasse preterida a fiscalização por parte do Estado.

Assim, o referido artigo pode ser resumido, por um lado, como uma ordem de poder-dever por parte da Administração, que tem a obrigação de, em sua atividade de fiscalização, fazer uso dos meios que confirmam a maior justiça e eficiência ao seu mister, e, por outro lado, como o dever que é estabelecido ao sujeito passivo - o contribuinte - de se sujeitar à fiscalização nos termos da lei e de não oferecer empecilhos que impossibilitem o exame dos objetos cujo exame seja permitido à Fazenda em sua tarefa de fiscalização.

Bem explicou o teor do artigo o autor paranaense Smith Robert Barreni (2014, p. 645), por ocasião da obra intitulada Código Tributário Nacional Anotado, lançada pela OAB do Paraná:

Referido dispositivo estipula, de um lado, o poder-dever da Administração relacionado à prática dos autos de fiscalização, e, de outro, um dever do sujeito passivo de colaborar com a fiscalização. O acesso aos registros contábeis do estabelecimento fiscalizado, ao mesmo em que é amplo, deve respeitar os direitos e garantias constitucionais do contribuinte.

Caso a pessoa, física ou jurídica, não se submeta à fiscalização, restará caracterizado o descumprimento de obrigação acessória, que poderá implicar na aplicação de multa (se prevista em lei), bem como na eventual cobrança do tributo com base na técnica do arbitramento, prevista no art. 148, do CTN

Resta claro que a maior ênfase que concede o artigo é à obrigação que acomete o sujeito passivo da obrigação tributária, funcionando, decerto, mais como fortalecimento da atividade fiscalizatória do Estado do que propriamente como proteção ao sigilo.

O artigo 197, inciso II, tratou de forma mais específica o sigilo bancário, ainda que ao prescrever a obrigação dos bancos de, mediante intimação escrita, prestar as informações relativas aos bens, negócios ou atividades de terceiros. Trata-se de importante mecanismo elaborado pelo legislador de afastar uma prévia argumentação de sigilo a ser resguardado quando da necessidade de fiscalização que abranja os dados de terceiros à relação entre o sujeito passivo imediato e a Fazenda.

Não de forma estranha, o artigo 197 do Código Tributário Nacional foi e continua sendo alvo de críticas por parte de juristas e doutrinadores mais conservadores, que não facilmente coadunam com a desconsideração legal ao sigilo de dados, preferindo uma articulação em favor da intimidade do contribuinte.

De certa forma, o artigo 197, ao prever a intimação escrita como mecanismo apto a obrigar os sujeitos mencionados em seus incisos a repassar informações de terceiros facilmente consideráveis por sigilosas, acaba indo contra qualquer fundamentação do sigilo bancário enquanto expoente da proteção constitucional ao direito à intimidade. Certamente, absurdo seria conceber uma proteção constitucional afastada por norma legal sem maiores entreveros.

Sobre esse assunto, vale a menção ao pensamento de Hugo de Brito Machado (2009, p. 753) em seus comentários ao Código Tributário Nacional, de que a interpretação do artigo 197 não pode olvidar que a edição do mesmo ocorreu nos anos 60, em plena ditadura militar, quando, ademais, o ilícito tributário havia sido classificado como ilícito penal. Isso porque definitivamente o regime político de um país pode influenciar a interpretação de suas leis e, também, aos acusados em processo criminal é garantido o direito ao silêncio.

Fato é que a literalidade dos artigos facilmente pode ser interpretada como forma de autorizar o acesso aos dados dos terceiros, mediante procedimento administrativo de fiscalização, independente de ordem judicial.

Mais do que isso, é certo que, apesar de diversas críticas e de uma aparente total desconsideração a qualquer proteção de índole constitucional ao sigilo dos dados em questão, a questão tornou-se ainda mais complicada, conforme se verá mais adiante, com a edição da Lei Complementar nº 105/2001. A respeito do art. 197 do CTN, contudo, vale a explicação de Sabbag (2011, p. 917)

O comando supramencionado obriga as pessoas citadas a prestarem informações quando solicitadas, mediante intimação escrita e independentemente de ordem judicial, a respeito de terceiros por interesse da fiscalização.

A intimação a que se refere este dispositivo é a de índole administrativa, uma vez que, mediante intimação judicial, todos, e não somente as pessoas citadas, têm de prestar informações.

[...]

Conquanto o inciso II do art. 197 trate da possibilidade de requisitar às instituições financeiras informações protegidas por sigilo bancário, sem necessidade de autorização judicial, existe séria e grande controvérsia doutrinária. Atualmente, a possibilidade encontra guarida na Lei Complementar n. 105/2001.

[...]

A discussão doutrinária é ferrenha, oscilando entre aqueles que chancelam o teor do dispositivo em epígrafe e diversos outros estudiosos que não se mostram favoráveis a ele.

Durante muito tempo, contudo, uma interpretação do Poder Judiciário com mais ênfase à proteção constitucional da inviolabilidade do sigilo acabou definindo que a sua quebra não poderia ocorrer sem ordem jurisdicional. O caso mudou com a edição da Lei Complementar nº 105/2001 e o julgamento, neste ano, das várias ações de inconstitucionalidade propostas, conforme será melhor explicado neste trabalho.

3.5 A Lei nº 8.021/90

Indo de forma contrária à aplicação do postulado da reserva de jurisdição ao processo de quebra do sigilo bancário, foi editada, em 1990, a Lei 8.021/90, que marcou outro importante ponto no histórico de evolução da tratativa legal ao sigilo bancário no direito pátrio. Isso porque a referida lei estabeleceu em seu artigo 8º que o processo necessário à observância do requisito de processo instaurado para quebra do sigilo seria o fiscal, contrariando a noção de que somente o processo judicial seria capaz de determinar a quebra do sigilo. É o que se interpreta do artigo:

Art. 8º Iniciado o procedimento fiscal, a autoridade fiscal poderá solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no art. 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Parágrafo único. As informações, que obedecerão às normas regulamentares expedidas pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, deverão ser prestadas no prazo máximo de dez dias úteis contados da data da solicitação, aplicando-se, no caso de descumprimento desse prazo, a penalidade prevista no § 1º do art. 7º.

Vê-se que o dispositivo legal fez expressa referência ao artigo 38 da Lei nº 4.595/64, o que bem serve a identificar o teor do objetivo de sua edição. Tratou-se de um esforço claro em favor do Fisco que pudesse possibilitar expressamente, via lei, a quebra de sigilo por procedimento fiscal, tornando desnecessário o processo judicial e afastando o postulado de reserva de jurisdição.

Mais do que isso, vale registrar que, apesar de críticas a respeito da constitucionalidade da questão, muitas destas também aplicáveis à Lei Complementar nº 105/2001, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça já foi reconhecida a aplicabilidade do artigo 8º da lei 8.021/90 juntamente com o artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001, afastando a necessidade de ordem judicial e, por conseguinte, admitindo a quebra de sigilo por mero procedimento fiscal.

No caso, inclusive, foi reconhecida a aplicação retroativa da lei, com fundamento no art. 144, § 1º, que autoriza que se aplique ao lançamento a legislação que, mesmo posterior à ocorrência do fato gerador, “tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios”⁶.

⁶ Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

§1º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação [...]

É o que se extrai do seguinte trecho do voto do Ministro Luiz Fux no julgamento do Recurso Especial nº 113.466-5, de São Paulo, com julgamento em 25 de novembro de 2009:

Consequentemente, sobressai a retroatividade das leis tributárias procedimentais ou formais, conducentes à constituição do crédito tributário não alcançado pela decadência, razão pela qual a Lei 8.021/90 e a Lei Complementar nº 105/2001, por envolverem essa natureza, legitimam a atuação fiscalizatória/investigativa da Administração Tributária, ainda que os fatos imponíveis a serem apurados lhes sejam anteriores.

Tese inversa conduziria à situações nas quais a Administração Tributária, ciente de possível sonegação fiscal, restaria impedida de apurá-la, entendimento que extrapola a órbita da razoabilidade.

Deveras, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 facultou à Administração Tributária, nos termos da lei, a criação de instrumentos/mecanismos que lhe possibilitassem identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, respeitados os direitos individuais, especialmente com o escopo de conferir efetividade aos princípios da pessoalidade e da capacidade contributiva (artigo 145, 1º).

Destarte, o sigilo bancário, como cediço, não tem caráter absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade aplicável de forma absoluta às relações de direito público e privado, devendo ser mitigado nas hipóteses em que as transações bancárias são denotadoras de ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. Isto porque, conquanto o sigilo bancário seja garantido pela Constituição Federal como direito fundamental, não o é para preservar a intimidade das pessoas no afã de encobrir ilícitos.

Verifica-se da posição do STJ que o fato de não ser o sigilo bancário absoluto somado à faculdade concedida pela Constituição Federal à Administração Tributária de criar instrumentos e mecanismos aptos à identificação do patrimônio, das atividades econômicas e dos rendimentos do contribuinte, possibilitaria seu afastamento mesmo por procedimento de fiscalização, independente de processo judicial determinando a quebra.

Esta posição do Superior Tribunal de Justiça é de fundamental importância pois revela argumentação bastante recorrente nas decisões do Supremo Tribunal Federal a serem analisadas nesta monografia. De fato, muitos dos argumentos utilizados em favor da constitucionalidade do artigo 6º e dos demais dispositivos da Lei Complementar nº 105/2001 reportam-se à relatividade do sigilo bancário enquanto direito individual e à necessidade de fortalecimento da fiscalização da Administração Tributária a fim de se coibir a prática de ilícitos e de promover a justiça fiscal.

3.6 A Lei Complementar nº 70/91

Um ano após a Lei 8.021/90, que em sua redação estabeleceu importantes marcos que definiram o rumo da edição legislativa de crescentes restrições às prerrogativas do sigilo

bancário, veio ao cenário legislativo brasileiro a Lei Complementar nº 70/91, cujo principal artigo interessante ao tema aqui em análise trouxe o seguinte:

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

§1º As informações recebidas nos termos deste artigo aplica-se o disposto no § 7º do art. 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

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

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

O dispositivo da Lei nº 4.595 a que fez referência o parágrafo primeiro do artigo mencionado, vale lembrar, foi o que estabeleceu que a quebra do sigilo bancário constituiria crime, cominando pena de reclusão, de um a quatro anos.

Importante ponto trazido pelo artigo 12 da lei foi a obrigação imposta às instituições financeiras (e a outros sujeitos) de fornecer à Receita Federal informações de cadastro de seus clientes. Estas informações incluem, segundo o texto legal, o nome, a filiação, o endereço, o número no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) e o Cadastro Geral de Contribuintes (CGC).

Foi objeto de discussão na doutrina o fato de estarem ou não os dados cadastrais abrangidos por sigilo e a suposta incidência da proteção constitucional ao sigilo bancário no objeto do dispositivo legal sob análise. A pergunta a ser feita é se as informações constantes nos cadastros que incluem os pontos destacados no texto a respeito dos clientes das instituições financeiras estariam protegidas pelo sigilo bancário. Isto é, se o fornecimento dessas informações - que, por si, não dizem respeito, em termos materiais, à intimidade financeira do contribuinte - constituiria quebra do sigilo bancário.

A esse respeito, contudo, Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1992, p.454), em artigo publicado nos Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política da USP, esclarece a situação ao pontuar que as informações a que faz referência o artigo são condição de identificação do contribuinte para efeito dos intercâmbios sociais ocorrentes na vida privada. Não sendo parte somente de intercâmbios privados, não são protegidos pela privacidade.

De fato, faz sentido a opinião esposada pelo jurista. Não parece haver razão suficiente a bem sustentar uma suposta inclusão dos dados cadastrais - nestes, não incluídos, por óbvio, os dados que refletem o que se pode chamar de atividade econômica, empregando este termo em sentido geral, do contribuinte e cliente do banco - que não uma proteção quase fetichista à privacidade. De fato, ainda que esses dados cadastrais sejam dados que constituam um cadastro parte da relação privada entre a instituição financeira e o indivíduo, não há, neles, informação a ser considerada confidencial (ao Fisco), ou cujo acesso significasse uma indevida intromissão do Poder Público na esfera privada.

Uma reflexão trazida pelo próprio professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1992, p.454) a respeito do tipo de dado protegido pelo sigilo de dados ajuda a demonstrar que os dados a que faz referência o artigo 12 da Lei Complementar nº 70 não poderiam constituir objeto de sigilo, vez que os dados protegidos pelo dispositivo constitucional são informações constitutivas da integridade moral da pessoa; informações e dados que a pessoa guarda para si e que dão consistência à sua personalidade - dados de foro íntimo, expressões de autoestima, avaliações personalíssimas com respeito a outros, pudores. São dados que, quando constantes de processos comunicativos, exigem do receptor extrema lealdade e alta confiança, e que, se indevidamente invadidos, podem afetar a própria integridade moral do sujeito.

Do exposto fica claro que os dados a que faz referência o artigo não dizem respeito a nenhum modo de ser exclusivo no âmbito da vida privada do contribuinte, tampouco constituem dados que dão consistência a sua personalidade. Não há razão, assim, para se imaginar que os dados deveriam reivindicar a proteção do sigilo, conforme Ferraz Júnior (1992, p.454). Isso porque não está o Fisco, quando busca o acesso a esses dados cadastrais, investigando conteúdo íntimo da relação entre o correntista e o banco, mas sim perquirindo acerca de dados de informação da identidade tributária do contribuinte, e não de sua atividade enquanto cliente do banco.

3.7 A Lei nº 9.311/1996 (Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF)

A referida lei instituiu a famigerada CPMF, instituição esta autorizada pela Emenda Constitucional nº 12/96, que alterou a redação do art. 74 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias⁷.

⁷ Assim ficou a redação do artigo. 74 do ADCT: "Art. 74. A união poderá instituir contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira.[...]"

Para além das bastantes críticas já veiculadas à CPMF, contudo, repetidas e transmitidas por vários doutrinadores no que concerne tanto ao que foi utilizado como justificativa, no mundo dos fatos, para a instituição dessa contribuição⁸, como à própria contribuição enquanto tributo, vale o destaque a esse período histórico no desenvolvimento do tratamento ao sigilo bancário no Brasil por uma importante obrigação e um permissivo constantes no artigo 11 da lei de instituição do tributo citado.

Qualquer análise da lei nº 9.311/96 focada na questão do sigilo bancário necessita levar em consideração, necessariamente, dois momentos distintos: o primeiro da lei em sua redação original após veto e promulgação, principalmente com o art. 11, § 3º em sua redação original; depois, o momento da redação alterada pela lei 10.174/01, que mudou sobremaneira o parágrafo mencionado.

Assim era a redação original:

Art. 11. Compete à Secretaria da Receita Federal a administração da contribuição, incluídas as atividades de tributação, fiscalização e arrecadação. (Vide Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

§ 1º No exercício das atribuições de que trata este artigo, a Secretaria da Receita Federal poderá requisitar ou proceder ao exame de documentos, livros e registros, bem como estabelecer obrigações acessórias.

§ 2º As instituições responsáveis pela retenção e pelo recolhimento da contribuição prestarão à Secretaria da Receita Federal as informações necessárias à identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações, nos termos, nas condições e nos prazos que vierem a ser estabelecidos pelo Ministro de Estado da Fazenda.

§ 3º A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicada à matéria, o sigilo das informações prestadas, vedada sua utilização para constituição do crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos.

§ 3o-A. (VETADO)

§ 4º Na falta de informações ou insuficiência de dados necessários à apuração da contribuição, esta será determinada com base em elementos de que dispuser a fiscalização.

Vê-se que a obrigação imposta às instituições responsáveis pela retenção e recolhimento da contribuição instituída pela lei (no caso, as instituições financeiras) incluía a prestação das informações necessárias à identificação dos contribuintes à Secretaria da Receita

⁸ A esse respeito, vale recordar a sempre pungente e clara crítica feita por Hugo de Brito Machado (2010, p. 445):

“Como se pode acreditar que a Seguridade Social esteja falida? É mais razoável acreditar-se que as receitas desta, arrecadadas pelo Tesouro Nacional, sob as vistas complacentes do Supremo Tribunal Federal, estejam sendo desviadas para outras finalidades. E, o que é ainda mais grave, que as autoridades do governo utilizam-se do argumento de que a seguridade social, especialmente a área da saúde pública, está carente de recursos, para obter o apoio na criação de novos tributos, como aconteceu com a CPMF, porque a sensibilidade dos contribuintes não lhes permite recusar recursos para esse segmento do Estado. Segmento que desgraçadamente continuará carente, em virtude de inevitáveis desvios, prestando-se, apenas, como argumento para seguidos aumentos da carga tributária.”

Federal, nisto compreendido os valores globais das operações que acarretassem a incidência do tributo.

O parágrafo 3º do artigo originariamente traçava o sigilo fiscal imposto à Secretaria da Receita Federal e, ademais, determinava a vedação à utilização das informações fornecidas pelas instituições para a constituição de crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos. Foi precisamente no parágrafo 3º que a maior alteração trazida pela lei 10.174/01 ocorreu. Assim ficou a nova redação do parágrafo 3º:

§ 3º. A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicável à matéria, o sigilo das informações prestadas, facultada sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente, observado o disposto no art. 42 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e alterações posteriores.

Como a simples leitura do novo parágrafo 3º esclarece, a mudança trazida foi de veras importante. Agora, não apenas o sigilo bancário não teria aplicação no caso trazido pela lei, como, além disso, as informações recebidas (em outras situações protegidas pelo sigilo bancário a ser respeitado) poderiam ser utilizadas a fim de instaurar procedimento administrativo diverso com o fito de verificação da existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições outras, com a possibilidade, ainda, de lançamento, no âmbito do mesmo procedimento fiscal, de crédito tributário, caso este existente.

Assim, não apenas a lei afastava a cobertura das informações pelo sigilo bancário como, ademais, de forma expressa, autorizava o uso das informações prestadas pelas instituições financeiras com o objetivo de averiguação da existência de créditos tributários porventura existentes. As críticas, como seria de se esperar, foram imediatas e bastante incisivas.

Ocorre que para além do bastante polêmico permissivo a respeito do acesso às informações teoricamente protegidas pelo sigilo bancário, outro problema foi instaurado com a alteração legislativa promovida pela lei nº 10.174/01: mesmo os fatos pretéritos à publicação da referida lei que promoveu a alteração no veículo normativo instituidor da CPMF poderiam ser alvo de incidência da permissão constante no parágrafo 3º alterado. A justificativa para isso é que a norma que autorizou a utilização das informações repassadas pelas instituições para lançamento de créditos tributários relativos a outros tributos teria caráter procedimental. É o que se extrai do voto do Ministro Luiz Fux por ocasião do julgamento do Recurso Especial Nº 685.708, do Espírito Santo, ocorrido em 12 de maio de 2005:

No âmbito do Direito Tributário, lei material é a que tem por conteúdo a obrigação tributária principal, com todos os elementos que a compõem, cuidando de definir a hipótese de incidência em todos os seus aspectos. (Antônio Roberto Sampaio Dória,

Da Lei Tributária no Tempo, São Paulo, Obelisco, 1968, p. 315). A lei formal trata da obrigação tributária acessória, cuidando de definir os métodos e procedimentos que os agentes do Fisco devem observar no ato de lançamento. (José Souto Maior Borges, Lançamento Tributário, 2ª edição, São Paulo, Malheiros, 1999, p. 82). A lei formal, meramente procedimental, tem aplicabilidade imediata, ao contrário do que se dá com a lei material, que institui tributo, majora alíquota ou amplia base de cálculo. Neste caso, a lei que rege o lançamento é aquela em vigor na data do fato gerador. Assim, a norma que permite a utilização de informações bancárias para fins de apuração e constituição de crédito tributário, por envolver natureza procedimental, tem aplicação imediata, alcançando mesmo fatos pretéritos. Segundo precisa lição do mestre francês Paul Roubier, o efeito imediato atinge fatos e situações no período de vigência da lei, não importando que estes fatos tenham origem sob a égide da antiga lei, *facta pendencia*. (Les Conflits de Lois dans le Temps, Paris, Sirey, 1929, p. 437, apud Mário Rui Feliciani, Revista Dialética de Direito Tributário, nº 85, p. 91).

Verifica-se de todo o exposto que a lei da CPMF trouxe, de fato, vários problemas. Muitos, inclusive, não limitados às questões relativas ao sigilo bancário. Recebeu críticas além das naturalmente veiculadas desde o seu projeto de edição, alcançando a interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça pela possibilidade do tributo abranger fatos pretéritos. Até por isso, talvez, em boa hora veio a sua extinção pela não aprovação no Senado Federal do projeto de sua prorrogação, em 2007.

3.8 A Lei Complementar nº 105/2001

A Lei Complementar nº 105/2001 revogou de forma expressa o artigo 38 da lei nº 4.595/64, transformando-se hoje na principal disposição legislativa a respeito do sigilo bancário, do seu afastamento e da responsabilização em caso de sua não observância.

Faz-se a transcrição dos principais dispositivos trazidos pela lei:

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.

[...]

§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 9º desta Lei Complementar.
[...]

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

§1º Dependem de prévia autorização do Poder Judiciário a prestação de informações e o fornecimento de documentos sigilosos solicitados por comissão de inquérito administrativo destinada a apurar responsabilidade de servidor público por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.

§2º Nas hipóteses do § 1o, o requerimento de quebra de sigilo independe da existência de processo judicial em curso. [...]

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.

O artigo 1º cuida principalmente da disciplina genérica do sigilo bancário, determinando às instituições financeiras a observância do sigilo em suas operações. Preocupa-se, também, com a definição do que seriam instituições financeiras para os efeitos de seus dispositivos. Importante notar que o parágrafo 3º lista as hipóteses em que não haveria a violação do dever de sigilo, nestas incluída a estabelecida pelo artigo 6º, principal objeto de análise deste trabalho.

Pertinente observação pode ser feita sobre o parágrafo primeiro do artigo 3º, que trouxe curiosa previsão: no caso de servidor público que supostamente cometa infração no exercício de suas funções, o fornecimento de documentos sigilosos e a prestação em geral de informações sujeitas a sigilo depende de autorização prévia do Poder Judiciário.

Criticando essa regalia concedida pela lei ao servidor público, Hugo de Brito Machado Segundo (2015, p. 70) comenta:

[...] Segundo o citado parágrafo, como se vê, os integrantes do Poder Público, no que diz respeito às suas atribuições públicas, têm direito a que seu sigilo somente seja quebrado por meio do Poder Judiciário. Cidadãos, contudo, titulares do direito à individualidade, à intimidade e à privacidade, podem ter suas informações bancárias vasculhadas independentemente de interferência judicial. Sua inconstitucionalidade é ainda mais evidente que a dos demais dispositivos da citada lei, por violação ao princípio da isonomia, e inversão completa do princípio da publicidade.

De fato, o artigo parece padecer de inconstitucionalidade. O tratamento diferenciado proposto aos servidores do Poder Público não parece encontrar fundamento suficientemente apto a validá-lo.

O artigo de principal destaque é, contudo, o 6º, que estabeleceu que o processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso seriam suficientes para autorizar às autoridades e agentes fiscais tributários o exame de documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os registros de contas de depósitos e aplicações financeiras.

Como visto na análise histórica dos diplomas legislativos que afetaram a questão do sigilo bancário, não trata a permissão concedida pelo artigo 6º de poder novo concedido à Administração Tributária. Alguns diplomas já caminhavam nesse mesmo sentido de afastar a necessidade de intervenção judicial para o exame dos dados historicamente protegidos pelo sigilo bancário.

Há, contudo, respeitáveis posicionamentos favoráveis à constitucionalidade da lei referida, principalmente de seu artigo 6º. Os argumentos utilizados variam desde a inexistência de um direito absoluto ao sigilo (tese, contudo, já bem rebatida pela doutrina), até a melhora na fiscalização tributária com a garantia da justiça fiscal e do atendimento ao princípio da capacidade contributiva. Existe, ainda, a argumentação de que não haveria, no caso, propriamente uma quebra de sigilo bancário, mas apenas a transferência dos dados protegidos por sigilo bancário ao Fisco, que deve preservá-los do conhecimento de terceiros em razão do sigilo fiscal.

Sintetizando a doutrina favorável à lei citada, invoca-se trecho do texto básico de palestra proferida pelo consultor da União e professor da Universidade Católica de Brasília, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho, (2001, p. 04):

Com o aparecimento da L.C. 105, de 10/1/01, que permite a transferência do sigilo bancário para a Administração tributária e a conseqüente melhora na fiscalização e na arrecadação dos impostos, surge o incremento das possibilidades de a médio prazo ocorrer a redução da carga tributária de quem paga os tributos corretamente, e, até mesmo de se viabilizar a tão esperada reforma tributária. Os contribuintes cumpridores de seus deveres ganharam motivos para crer que as leis tributárias venham a ser, de fato, igualmente aplicadas e que a capacidade contributiva das pessoas venha a ser mais observada.
[...]

A ordem econômica na Constituição do Brasil, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado, entre outros princípios, o da livre concorrência (C.F., arts. 1º caput incisos II, III e IV, e 170 caput inciso IV). Pode ser acrescentado, ainda, que a evasão e a sonegação fiscal também é combatida, pela Carta Política Brasileira, quando ela reza que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (C.F., § 4º do art. 173).

Insta observar que a Constituição Brasileira, no caput do artigo 37, estatui que a Administração pública obedecerá, entre outros princípios, o da impessoalidade, o da moralidade e o da eficiência

Todos esses princípios constitucionais, entre outros, apoiam a transferência direta do sigilo bancário para a Administração tributária e demonstram a constitucionalidade dos preceptivos da Lei Complementar nº 105/2001.

Importante passagem da palestra diz respeito a um argumento essencialmente teleológico e com foco nos efeitos práticos da lei: a possibilidade de aplicação igualitária da lei tributária, com observância à capacidade contributiva de cada um. Cita o professor, ainda, que a aplicação da lei poderia gerar, a médio prazo, a redução da carga tributária e a viabilização da reforma tributária. Trata-se de um argumento com foco no aspecto prático e finalístico da lei, mas que não foca em sua constitucionalidade e não atenta ao fato de que, uma vez inconstitucional, não poderiam os fins da lei - por mais justos que fossem - suplantar a inconstitucionalidade.

As críticas à constitucionalidade da Lei Complementar nº 105, contudo, são muitas. Tantas que a completa análise e debate de todas elas significaria trabalho bastante extenso e fora dos objetivos desta monografia, que tem foco na análise do artigo 6º, especialmente.

Bem resumindo essas críticas, contudo, colhe-se do ensinamento de Hugo de Brito Machado Segundo (2015, p. 68), que tece o seguinte comentário às falácias apresentadas de forma recorrente pelas argumentações favoráveis à constitucionalidade da lei:

[...] A maior delas consiste em defender a validade da LC nº 105/2001 utilizando argumentos relativos à possibilidade de quebra do sigilo bancário (há muito admitida pela doutrina, e pelo Poder Judiciário), quando na verdade o que se discute é quem está autorizado a efetuar essa quebra, se a Administração, a interessada nos dados, e por isso mesmo parcial, ou se o Poder Judiciário. É o que Irving Copi define como falácia da conclusão irrelevante, ou *ignoratio elenchi*, segundo a qual “um argumento que pretende estabelecer uma determinada conclusão é dirigido para provar uma conclusão diferente”.

Mais se discutirá a respeito da possível inconstitucionalidade, principalmente em tópico posterior, que analisará as decisões do STF, com foco especial na última, e buscará juízo conclusivo a respeito da constitucionalidade da lei.

Importante a passagem do livro do professor Hugo Segundo, contudo, para a fixação de ponto essencial à análise científica da questão e que muitas vezes acaba preterido pelos argumentos favoráveis: não se está a discutir, decerto, a possibilidade de quebra do sigilo

bancário. Esta possibilidade é aceita de forma quase unânime pela doutrina, até mesmo por aqueles que defendem a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001. O que importa, contudo, é analisar quem estaria autorizado a decretar essa quebra de sigilo, e os efeitos da permissão concedida a outro órgão que não o Poder Judiciário.

4 SIGILO BANCÁRIO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Principal ponto do objeto desta monografia é a análise do sigilo bancário no âmbito do Supremo Tribunal Federal, especialmente em razão da última decisão relativa ao tema proferida em fevereiro de 2016, ocasião em que o STF considerou constitucionais dispositivos em disputa da Lei Complementar nº 105/2001, afirmando a possibilidade, portanto, de acesso aos dados bancários pelo Fisco nos termos estabelecidos em lei.

Por isso, cumpre, primeiramente, uma análise do tema de quebra de sigilo bancário, investigando suas hipóteses, características e o tratamento concedido pelo Supremo Tribunal Federal ao tema, a fim de uma contextualização da questão com a decisão do STF e a consideração da constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001, especialmente de seu artigo 6º.

4.1 Considerações sobre a quebra de sigilo bancário

Como visto no desenvolvimento deste trabalho, a doutrina em sua maioria considera que o sigilo bancário tem fundamentação constitucional, derivando das proteções estabelecidas pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, incisos X e XII principalmente. O fundamento constitucional é suficiente para conceder ao sigilo bancário especial tratamento dentro das conceituações e delimitações de suas restrições, do seu alcance e das possibilidades de exceção. Até porque, por mais que não seja um direito absoluto – como não há direitos absolutos – a simples constatação deste fato não é suficiente para a permissão à profanação do instituto, resultando na sua prática desconsideração e na impossibilidade de qualquer eficácia de norma protetora do segredo. Por esse motivo, a quebra do sigilo bancário não pode ser confiada ao indeterminismo, à vagueza e ao alvedrio dos que possuem direto interesse em ordená-la.

É nesse esteio de atendimento aos direitos e garantias constitucionais que doutrinadores – e, por muito tempo, os tribunais superiores - optaram pela posição que prescrevia a necessidade de intervenção do Poder Judiciário a fim de possibilitar o afastamento do sigilo bancário e o acesso aos dados do segredo pelo Fisco. Conforme Roque Antônio Carrazza (2012, p. 545):

Com efeito, a Constituição, como já dito, garantiu a inviolabilidade da privacidade e o sigilo de dados. Para efetivá-los, assegurou também o sigilo das informações bancárias, seja das constantes nas instituições financeiras, seja das existentes na própria Fazenda Pública.

[...]

Não é por outra razão que o Constituinte de 1988 condicionou a quebra do sigilo bancário à prévia autorização judicial e, ainda assim, quando presentes fundadas suspeitas da existência de possível delito praticado por quem vai sofrer a investigação.

Mesmo a posição mais atenta ao direito do contribuinte, portanto, não impossibilita o afastamento do sigilo bancário, elencando-o, por conseguinte, ao status de direito absoluto. Na verdade, admite com sabedoria a possibilidade de quebra do sigilo, mas sem olvidar da necessidade de atuação do Poder Judiciário.

Para se analisar de forma satisfatória a posição que interpreta que os fundamentos do sigilo bancário permitem o acesso do Fisco às informações protegidas pelo segredo, imprescindível é, portanto, analisar as formas com que é admitida a quebra de sigilo, investigando se a permissão da Lei Complementar nº 105/2001 tem razão de ser.

4.1.1 Quem pode determinar a quebra de sigilo bancário

4.1.1.1 O Poder Judiciário

Por ter o monopólio da função jurisdicional, o Poder Judiciário é, obviamente, sujeito plenamente apto a determinar a quebra do sigilo bancário, vez que a este cabe, mesmo sem que a Constituição autorize de forma expressa, excepcionar o direito à privacidade de qualquer pessoa (QUEZADO; LIMA, 2002, p. 54).

No caso de haver conflito entre a administração tributária em sua função de fiscalização e o contribuinte investigado por procedimento fiscal, portanto, naturalmente é o Poder Judiciário o responsável por dirimir o impasse e aplicar o direito no caso concreto.

4.1.1.2 O Poder Legislativo e os Tribunais de Contas

Há o questionamento, contudo, se o Poder Legislativo, por meio de suas casas e dos Tribunais de Contas, teria o poder de determinar a quebra de sigilo. A questão tem razão de dúvida desde o período de vigência do artigo 38 da lei 4.595/64, que em seu segundo parágrafo⁹ dispôs que o Banco Central e as instituições financeiras deveriam prestar informações

⁹Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.
[...]

§ 2º O Banco Central da República do Brasil e as instituições financeiras públicas prestarão informações ao Poder Legislativo, podendo, havendo relevantes motivos, solicitar sejam mantidas em reserva ou sigilo.

ao Poder Legislativo. A dúvida quanto aos Tribunais de Contas tem sentido pela sua função de auxílio ao Poder Legislativo, tendo o constituinte, inclusive, concedido aos mesmos determinados poderes de investigação no artigo 71 da Constituição Federal¹⁰.

Não faz sentido, contudo, para a doutrina especializada, a outorga do poder de quebra de sigilo ao Legislativo e aos Tribunais de Contas, porquanto não há previsão de tal poder nas funções determinadas pelo texto constitucional ao Legislativo e tampouco discricionariedade dos Tribunais de Conta para a quebra do sigilo quando mesmo o Poder Judiciário somente pode determiná-la nos limites impostos pela proteção constitucional, sendo a quebra do segredo sempre, portanto, uma exceção (QUEZADO; LIMA, 2002, p. 63-78).

Quanto às Comissões Parlamentares de Inquérito, contudo, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal é diferente. É que a própria Constituição Federal previu que as CPIs teriam poderes de investigação próprios das autoridades judiciais¹¹, o que, ainda que não tenha concedido às mesmas os exatos poderes de que dispõe a autoridade judicial (objetos sujeitos à reserva de jurisdição), outorgou às comissões de investigação legislativa a faculdade de, a fim de servir aos propósitos de sua investigação, determinar a quebra do sigilo bancário.

O Supremo Tribunal Federal, contudo, por muito tempo não contou com unanimidade na questão, com o ministro Marco Aurélio chegando a reconhecer que somente ordem judicial seria capaz de afastar o sigilo bancário, conforme se depreende do seguinte trecho do

¹⁰Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

[...]

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

[...]

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

[...]

¹¹Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

[...]

§3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas[...]

voto no julgamento de liminar presente no Mandado de Segurança nº 23.454-7, do Distrito Federal, ocorrido em 19/08/1999:

[...] a partir do momento em que elementos tidos por indispensáveis, pela Comissão Parlamentar de Inquérito, dependam da prática de atos que impliquem efetivo constrangimento, atingindo a liberdade e a privacidade de pessoas de direito privado, há de atentar-se para a necessária atuação do Estado-juiz, de quem competir a função jurisdicional.

Posteriormente, contudo, a posição do Supremo Tribunal foi fixada no sentido de admitir a quebra de sigilo bancário pela CPI, desde que respeitados os limites impostos pela própria Constituição aos poderes de investigação de que dispõe a comissão parlamentar. Disso se extrai, principalmente, um dever de fundamentação e de demonstração da existência de existência concreta de causa provável que legitime a medida. É o que se extrai do voto do ministro Celso de Mello no Mandado de Segurança nº 23.452-1, do Rio de Janeiro, ocorrido em 16/09/1999, que transcreve posição que veio a se fixar no entendimento geral da corte suprema:

As Comissões Parlamentares de Inquérito, no entanto, para decretarem, legitimamente, por autoridade própria, a quebra do sigilo bancário, do sigilo fiscal e/ou do sigilo telefônico, relativamente a pessoas por ela investigadas, devem demonstrar, a partir de meros indícios, a existência concreta de causa provável que legitime a medida excepcional (ruptura da esfera da intimidade de quem se acha sob investigação), justificando a necessidade de sua efetivação no procedimento de ampla investigação dos fatos determinados que deram causa à instauração do inquérito parlamentar, sem prejuízo de ulterior controle jurisdicional dos atos em referência

Vê-se do exposto que o Supremo Tribunal Federal solidificou entendimento no sentido de permitir às CPIs a quebra do sigilo bancário. A motivação e fundamentação do ato, contudo, é necessária e pode levar ao questionamento da medida pelo Poder Judiciário.

A Lei Complementar nº 105/2001 não contrariou esse entendimento. De fato, no artigo 4º, parágrafo 1º, há expressa previsão de possibilidade de obtenção por parte das Comissões Parlamentares de Inquérito de informações e documentos sigilosos no exercício de suas atividades de investigação¹².

¹²Art. 4º. O Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários, nas áreas de suas atribuições, e as instituições financeiras fornecerão ao Poder Legislativo Federal as informações e os documentos sigilosos que, fundamentadamente, se fizerem necessários ao exercício de suas respectivas competências constitucionais e legais.

§1º As comissões parlamentares de inquérito, no exercício de sua competência constitucional e legal de ampla investigação, obterão as informações e documentos sigilosos de que necessitarem, diretamente das instituições financeiras, ou por intermédio do Banco Central do Brasil ou da Comissão de Valores Mobiliários.

[...]

4.1.1.3 O Ministério Público

O Ministério Público, por sua vez, ganhou, com a Constituição de 1988, importante papel de defensor da ordem jurídica e do regime democrático¹³. A função concedida pelo constituinte ao Parquet, nesse sentido, tem especial importância na consideração de suas responsabilidades e poderes. Predomina na jurisprudência, principalmente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que não poderia o Ministério Público determinar de forma direta a quebra do sigilo bancário, devendo recorrer, fosse o caso, ao Poder Judiciário. Mais fundamento a esse entendimento dá a Lei Complementar nº 75/93, que dispôs sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, em seu artigo 6º, inciso XVIII, alínea a¹⁴, ao afirmar que caberia ao Ministério Público representar ao órgão judicial para quebra de sigilo de dados para fins de investigação ou instrução processual penal.

Em uma argumentação no sentido contrário, contudo, há quem opte por invocar o artigo 129, VI da Constituição Federal de 1988, que outorgou ao Ministério Público o poder de requisição de informações e documentos para instruir procedimentos administrativos de sua competência, e o artigo 8º¹⁵ da Lei Complementar 75/93, que estabeleceu a possibilidade de requisição por parte do MP de informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta, bem como informações e documentos a entidades privadas. O parágrafo 2º do mesmo artigo¹⁶, ademais, estabeleceu a impossibilidade de oposição por parte de qualquer autoridade à exceção de sigilo.

¹³É o que anuncia o artigo 127 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

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

¹⁴Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:

[...]

XVIII - representar;

a) ao órgão judicial competente para quebra de sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, bem como manifestar-se sobre representação a ele dirigida para os mesmos fins;

¹⁵Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

[...]

II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;

[...]

IV - requisitar informações e documentos a entidades privadas;

¹⁶Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: [...]

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

A jurisprudência, contudo, como visto, firmou posição de entendimento pela impossibilidade da quebra diretamente realizada pelo Ministério Público. A esse respeito, vale a citação ao voto do Ministro Jorge Mussi, do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº 160.646, de São Paulo, com publicação do acórdão em 19/09/2011, em reflexão quanto aos efeitos dos dispositivos citados e do argumento em favor da quebra de sigilo pelo Ministério Público de forma direta:

Considerando os referidos preceitos normativos, há quem sustente ser possível ao Ministério Público requerer, diretamente, sem prévia autorização judicial, a quebra de sigilo bancário ou fiscal.

[...]

No entanto, numa interpretação consentânea com o Estado Democrático de Direito, esta concepção não se mostra a mais acertada.

É que o Ministério Público é parte no processo penal, e embora seja entidade vocacionada à defesa da ordem jurídica, representando a sociedade como um todo, não atua de forma totalmente imparcial, ou seja, não possui a necessária isenção para decidir sobre a imprescindibilidade ou não da medida que excepciona os sigilos fiscal e bancário.

O Supremo Tribunal Federal também já reconheceu que não caberia ao Ministério Público a quebra direta do segredo bancário, conforme pode se extrair de trecho abaixo destacado do voto do ministro Carlos Velloso, proferido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 215.301, do Ceará, com acórdão publicado em 28/05/1999:

Somente a autoridade judiciária, que tem o dever de ser imparcial, por isso mesmo procederá com cautela, com prudência e com moderação, é que, provocada pelo Ministério Público, poderá autorizar a quebra do sigilo. O Ministério Público, por mais importantes que sejam as suas funções, não tem a obrigação de ser imparcial. Sendo parte – advogado da sociedade – a parcialidade lhe é inerente. Então, como poderia parte, que tem interesse na ação, efetivar, ela própria, a quebra de um direito inerente à privacidade, que é garantido pela Constituição?

Vale lembrar que, mais recentemente, no ano de 2006, no julgamento de agravo regimental no Recurso Extraordinário nº 318.136, do Rio de Janeiro, o relator, Ministro Cezar Peluso reafirmou a posição da corte ao negar seguimento ao recurso de agravo¹⁷.

Vê-se dos julgados que o entendimento pela impossibilidade de quebra direta do sigilo realizada pelo Ministério Público tem razão, principalmente, por ser o Parquet sujeito parcial na relação jurídica em que ocorreu a quebra de sigilo. Por esse motivo, a determinação do afastamento do segredo cumpriria somente a órgão imparcial, o Poder Judiciário.

Ocorre que há interessante posição tomada pelo STF há algum tempo por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança nº 21.729-4, do Distrito Federal, com acórdão pu-

¹⁷A negativa, no caso, foi fundamentada por estar a decisão agravada em plena conformidade com a jurisprudência da Corte.

blicado em 05 de outubro de 1995, em que a corte suprema reconheceu a possibilidade de quebra direta do sigilo por parte do MP em caso que envolvia verbas públicas. No caso, analisava-se a possibilidade de quebra do sigilo a fim de instrução de procedimento administrativo do Ministério Público que investigava empréstimos concedidos pelo Banco do Brasil, com recursos subsidiados pelo Governo Federal, a empresas do setor sucroalcooleiro. Conforme o voto do ministro Octavio Gallotti:

[...] o Banco do Brasil não está simplesmente atuando como banco comercial. Verifica-se, do parecer, que as operações que se pretende investigar, residem no empréstimo a empresas do setor sucroalcooleiro de cerca de um bilhão e cem milhões de dólares americanos bancados pelo Governo Federal, por intermédio do Banco do Brasil, ou seja, entrega subsidiada pelos cofres públicos.

[...] Está ele, nesse caso, desempenhando a função de agente delegado do Governo Federal, e, por isso, não se acha em causa, propriamente, a quebra de um sigilo. Deste se acha imune por natureza, a operação realizada com dinheiros públicos, cujo dispêndio, ao revés, está sujeito, pelo art. 37 da Constituição, para não dizer ao princípio da moralidade, pelo menos, sem dúvida alguma, ao princípio da publicidade.

A posição aqui adotada, contudo, é mais antiga e, a rigor, acabou por entender que, em caso de envolvimento de verbas públicas, não haveria de se falar propriamente em quebra de sigilo bancário, uma vez que, por resultado da natureza pública das verbas envolvidas na operação bancária, estaria esta adstrita ao princípio da publicidade, pelo que não caberia a invocação de direito ao segredo dos dados. Realmente, não há falar em sigilo a ser resguardado quando a atividade a ser supostamente protegida por sigilo conta com recursos públicos e é, ainda que de forma indireta, expressão da atividade estatal.

4.1.1.4 O Poder Executivo

A quebra de sigilo pelo Poder Executivo – isto é, pelo Fisco – foi questão bastante discutida ao longo do tempo, principalmente em razão dos vários dispositivos legislativos que trataram do tema, conforme já discorrido na parte deste trabalho dedicada ao tópico.

A esse respeito, cumpre relembrar disciplina do art. 38 da Lei nº 4.595/64:

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

§ 1º As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central da República do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em Juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.

§ 2º O Banco Central da República do Brasil e as instituições financeiras públicas prestarão informações ao Poder Legislativo, podendo, havendo relevantes motivos, solicitar sejam mantidas em reserva ou sigilo.

§ 3º As Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício da competência constitucional e legal de ampla investigação (art. 53 da Constituição Federal e Lei nº 1579, de 18 de março de 1952), obterão as informações que necessitarem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central da República do Brasil.

§ 4º Os pedidos de informações a que se referem os §§ 2º e 3º, deste artigo, deverão ser aprovados pelo Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e, quando se tratar de Comissão Parlamentar de Inquérito, pela maioria absoluta de seus membros.

§ 5º Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.

§ 6º O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames serem conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente.

§ 7º A quebra do sigilo de que trata este artigo constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Importam à análise aqui proposta, principalmente, os parágrafos 1º e 5º do referido artigo. O parágrafo 1º, como visto, fez referência a informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário e a exibição de livros e documentos em Juízo. O parágrafo 5º, por sua vez, previu a possibilidade de agentes fiscais tributários examinarem documentos, livros e registros de contas de depósitos, alertando, contudo, que isto ocorreria somente quando houvesse processo instaurado. A interpretação conjunta dos artigos poderia levar à conclusão de que seria necessário acionar do Poder Judiciário a fim de que o sigilo fosse levantado e os dados guardados pelo segredo fossem revelados.

Esta conclusão, contudo, não era unânime na doutrina. Conforme trecho de artigo publicado por Mary Elbe Gomes Queiroz (2014, p. 21):

Até o ano de 1988, em que foi promulgada a atual Constituição da República Federal do Brasil (CF), era quase pacífica a aceitação do acesso do Fisco aos dados bancários dos contribuintes, independentemente do respectivo consentimento ou de autorização judicial. A partir dessa data, tal acesso passou a ser questionado e várias decisões judiciais passaram a declarar a restringir a “quebra do sigilo bancário” para as autoridades fiscais à dependência de autorização judicial e desde que houvesse processo administrativo já instaurado.

A Lei nº 4.595/1964 (Lei que regula a atividade das instituições financeiras), no seu art. 38, consagrava o sigilo bancário, só permitindo o acesso aos dados bancários, pelas autoridades fiscais, quando houvesse processo instaurado e o conhecimento das informações fosse considerado indispensável pela autoridade competente. Essa Lei, ao disciplinar as hipóteses em que poderão ser prestadas informações, incluiu aquela referente à existência de processo.

Segundo esse raciocínio, bastaria a instauração do processo previsto pelo artigo, portanto, para que o Fisco pudesse, por ato próprio, levantar a proteção do sigilo dos dados e ter acesso às informações bancárias. Justificaria, ademais, a possibilidade de acesso a esses dados pelo Fisco o fato de, na verdade, todas as informações relativas a transações bancárias

já serem (ou deverem ser) de conhecimento do Fisco, porquanto informadas de forma espontânea pelos próprios contribuintes em suas declarações obrigatórias (QUEIROZ, 2014, p. 28)

Importante marco de controvérsia foi, também, o advento do Código Tributário Nacional, que trouxe no artigo 197, II a obrigação destinada às instituições financeiras de prestação de informações à autoridade administrativa mediante intimação¹⁸. Isto porque enquanto a lei nº 4.595/64 previa a necessidade de processo instaurado e a condição de indispensabilidade dos documentos aferida pela autoridade competente, o Código Tributário Nacional estabeleceu de forma expressa que, mediante intimação escrita, as instituições financeiras estariam obrigadas a informar à autoridade administrativa o que estivesse ao seu dispor que guardasse relação com os bens, negócios ou atividades de terceiros.

Nesse ponto a doutrina dividiu-se em três correntes principais: a que preconizava a revogação total do artigo 38 da lei nº 4.595/64 pelo artigo 197 do CTN; a que advogava a revogação parcial e, por último, a corrente que pregava a compatibilidade entre os dois diplomas. Acabou ganhando momento esta última, pela qual as informações protegidas pelo sigilo bancário somente poderiam ser forçadamente cedidas ao fisco em caso de ordem judicial. Sendo o caso de incidência da proteção do segredo bancário, portanto, necessária seria ordem judicial que autorizasse a quebra de sigilo, daí surgindo a previsão de intimação escrita contida no CTN. É o que se colhe dos ensinamentos de Rogério Lima (1990, p. 146-156 *apud* QUEZADO; LIMA, 2002, p. 84):

Quanto ao caminho que o Fisco deve trilhar para adquirir as informações do sigilo bancário, vê-se claramente que o legislador ordinário optou pela instauração de processo como único meio legal pelo qual a Fazenda, através de seus agentes fiscais, poderá requerer a exceção desse sigilo. Se o art. 38, §5º, da Lei 4.595/64, dispôs que só se procederá ao exame de documentos, livros e registros de contas bancários quando houver processo instaurado (seja este judicial e administrativo), e o art. 197, caput, do CTN, determinou que as informações bancárias seriam prestadas mediante intimação escrita, não se vislumbra também aqui incompatibilidade, pois a intimação, como informa a ciência processual, somente ocorre no curso de um processo.

No campo da jurisprudência, enquanto o Conselho de Contribuintes, no âmbito administrativo, admitiu por muito tempo a quebra de sigilo diretamente pelo Fisco, o Poder Judiciário optou, majoritariamente, pelo caminho inverso, prescrevendo que apenas ordem judicial poderia autorizar a quebra do segredo. (QUEZADO; LIMA, 2002, p. 88). Conforme já visto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal durante muito tempo apenas prestigiou

¹⁸Art. 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

[...]

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

o Poder Judiciário e as Comissões Parlamentares de Inquérito como legitimados a ordenar a quebra de sigilo bancário.

Pelo menos assim foi até a edição da Lei Complementar nº 105/2001 e os debates que, ao longo do tempo, estenderam-se na discussão de sua possível inconstitucionalidade, conforme será explicitado quando da análise das decisões do Supremo Tribunal Federal que definiram seu posicionamento (e as mudanças de posicionamento) até este ano de 2016.

4.1.2 Devido Processo Legal

O devido processo legal é extraído da Carta Magna de 1988, mais precisamente dos incisos LIV e LV do art. 5º, que afirmam o seguinte:

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

[...]

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

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

[...]

Na doutrina, o devido processo legal é tema debatido tanto entre processualistas como administrativistas, pelo que bem pode se identificar a importância de sua análise para a correta discussão da matéria objeto deste trabalho. De fato, o devido processo legal pode ser objeto de argumento tanto de quem concorda com a constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001, como de quem invoca a sua inconstitucionalidade por ferimento a esse mesmo princípio.

Cassio Scarpinella Bueno muito competentemente doutrinou a respeito do que constitui o devido processo legal e de sua influência em todos os aspectos da atividade do Judiciário (2014, p. 127):

Trata-se, pois, de conformar o método de manifestação de atuação do Estado-juiz a um padrão de adequação aos valores que a própria Constituição Federal impõe à atuação do Estado e em conformidade com aquilo que, dadas as características do Estado brasileiro, esperam aqueles que se dirigem ao Poder Judiciário obter dele como resposta. É um princípio, destarte, de conformação da atuação do Estado a um especial modelo de agir. O processo deve ser devido porque, em um Estado Democrático de Direito, não basta que o Estado atue de qualquer forma, mas deve atuar de uma específica forma, de acordo com regras preestabelecidas e que assegurem, amplamente, que os interessados na solução da questão levada ao Judiciário exerçam todas as possibilidades de ataque e de defesa que lhe pareçam necessárias, isto é, de participação.

Humberto Theodoro Junior (2010, p. 66) complementa o exposto, advertindo que o devido processo legal não se encerra na mera observância da lei:

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

A esse respeito, cumpre registrar a lição de Fredie Didier (2015, p. 67) ao diferenciar o devido processo legal e o devido processo legal substancial:

O devido processo legal é direito fundamental que pode ser compreendido em duas dimensões. Há o devido processo legal formal ou procedimental, cujo conteúdo é composto pelas garantias processuais que vimos no item precedente: direito ao contraditório, ao juiz natural, a um processo com duração razoável etc. Trata-se da dimensão mais conhecida do devido processo legal.

Nos EUA, desenvolveu-se a dimensão substancial do devido processo legal. Um processo devido não é apenas aquele em que se observam exigências formais: devido é o processo que gera decisões jurídicas substancialmente devidas. A experiência jurídica brasileira assimilou a dimensão substancial do devido processo legal de um modo bem peculiar, considerando-lhe o fundamento constitucional das máximas da proporcionalidade (postulado, princípio ou regra da proporcionalidade, conforme seja o pensamento doutrinário que se adotar) e da razoabilidade.

Vê-se do exposto que, na doutrina processualista, há muito já se assentou o entendimento de que o devido processo legal é princípio que deve pautar toda a atividade que se espera do Estado em sua feição jurisdicional, obrigando os aplicadores do direito ao seguimento de normas, princípios e pressupostos básicos de legitimidade da atuação do Estado-Juiz.

Não encerra o devido processo legal um simples manual que deve pautar e orientar os passos do processo, determinando o momento de cada ato processual. Mais do que isso, o devido processo legal incorpora a ideia de justiça que se espera na resposta do Estado às demandas dos cidadãos. Por esse motivo, cuidou o texto constitucional de estabelecer objetos mínimos a serem atendidos em qualquer relação jurídica levada a juízo, como a garantia do juiz natural, a ampla defesa, o contraditório e a fundamentação das decisões.

Mais do que isso, no Brasil, o devido processo legal guarda estreita relação com a proporcionalidade e a razoabilidade, do que se extrai que o processo que objetivar o levantamento do sigilo e permitir o acesso aos dados anteriormente protegidos deve ter tal provimento concedido somente em caso de patente necessidade, adequação e razoabilidade da medida (QUEZADO; LIMA, 2002, p. 47).

Didier (2015, p. 67), trazendo importante reflexão a respeito dos efeitos e da função do princípio do devido processo legal, pondera a respeito do novo significado concedido ao processo que obedece a esse princípio:

O princípio do devido processo legal tem a ‘função de criar os elementos necessários à promoção do ideal de protetividade’ dos direitos, integrando o sistema jurídico eventualmente lacunoso. Trata-se da função interativa dos princípios, examinada no capítulo introdutório deste volume do Curso. Desse princípio constitucional extraem-se, então, outras normas (princípios e regras), além de direitos fundamentais ainda sem o respectivo texto constitucional.

Assim, além de público, paritário, tempestivo etc., adjetivos que correspondem às normas constitucionais expressamente consagradas (citadas acima), o processo, para ser devido, há de ter outros atributos. Um processo, para ser devido, precisa ser adequado, leal e efetivo.

Cada novo atributo corresponde a um princípio constitucional do processo, que, embora implícito, é de grande relevância. Surgem, então, os princípios da adequação, da boa-fé processual e da efetividade.

Do lecionado por Didier fica evidente a importância do princípio do devido processo legal, sendo a reflexão do doutrinador suficiente para apaziguar qualquer imponderada resistência à plena aplicação do devido processo legal quando envolvido direito individual como o sigilo bancário, extraído da Constituição Federal. Imprudente obstar-se à observância do devido processo legal em caso de levantamento do sigilo bancário, vez que o sigilo bancário enquanto direito fundamental, naturalmente demanda, para sua relativização, um processo “adequado, leal e efetivo”, conforme explicitado por Didier.

Pela sua inerente importância às relações jurídicas, e mesmo por já se aceitar que, embora fundamento dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade, não é o devido processo legal aplicado exclusivamente ao âmbito jurisdicional (DIDIER, 2015, p. 71), o devido processo legal já é amplamente considerado pela doutrina como parte do Direito como um todo, não se restringindo, por conseguinte, ao ramo processual civil. No Direito Administrativo o princípio do devido processo legal absorvido pela atividade administrativa já é aceito pela doutrina especializada. Nesse âmbito do Direito, ainda, pode-se dizer que o devido processo legal impõe-se com imprescindibilidade, vez que, por ser este o princípio mais completo, e estar relacionado aos demais princípios processuais, não pode ser esquecido pelo Estado em sua função administrativa de exercício do poder de império em relação aos administrados. (JARDIM, 2009, p. 01).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 30), analisando as novas tendências do direito administrativo brasileiro, observou de maneira bastante didática:

Intimamente relacionada com a ideia de participação ocorreu a processualização do direito administrativo, especialmente com a exigência constitucional do devido processo legal, que exige, entre outras coisas, a observância de formalidades essenciais

à proteção dos direitos individuais, como a ampla defesa, o contraditório, o direito de recorrer, a publicidade.

Do transcrito fica claro que o processo administrativo, em sua tendência de processualização, passou a ser encarado como veículo de observância e proteção dos direitos individuais, devendo, para ser considerado legítimo, permitir, entre outras coisas, ampla defesa e contraditório.

Importante, contudo, atentar para o fato de que o artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001 trouxe de forma explícita que as autoridades tributárias poderiam ter acesso às informações protegidas por sigilo bancário quando houvesse “processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso”¹⁹. Sendo o sigilo bancário, entretanto, um direito extraído da Constituição Federal, absurdo seria imaginar que esses processos e procedimentos não sejam capazes de oferecer os pressupostos básicos do devido processo legal, inescapável ao meio por onde se busca o afastamento do sigilo. Caso contrário, incabível seria conjecturar a possibilidade de quebra de sigilo. Daí a pertinente observação de Carrazza (2012, p. 502-507):

Queremos deixar gravado, ainda, que em todo e qualquer processo administrativo-tributário que possa resultar dano jurídico, uma restrição ou sacrifício de direito deve ser proporcionada ao contribuinte a possibilidade de defesa eficaz, aí compreendidas a defesa técnica (com presença, pois, de advogado) e, especialmente, a dupla instância administrativa, que vai ensejar uma discussão mais isenta do caso.

[...]

Indubitável, portanto, que, mesmo em procedimento administrativo-tributário deve ser garantido aos acusados o direito à ampla defesa antes de serem tomadas, contra eles, quaisquer medida sancionatórias.

Inexpugnável, portanto, a exigência de que, qualquer que seja a denominação e qualificação concedida ao meio por onde ocorra a quebra de sigilo, conceda o mesmo a oportunidade de manifestação do contribuinte, em respeito ao contraditório e, ademais, aos outros fatores inafastáveis à caracterização do devido processo legal, sob pena de total nulidade do ato fiscal que promova a quebra de sigilo, ainda que se considere constitucional o artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001. Isso, claro, desde que um dia não se expurgue, de forma expressa e perigosa, a necessidade do devido processo legal na relativização do direito constitucionalmente previsto ao segredo de dados e proteção à intimidade e vida privada.

¹⁹Art. 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.

Pelos motivos elencados, fica bastante clara a seriedade com que a doutrina e a jurisprudência tratam o devido processo legal, sendo sua observância imperiosa à consideração de qualquer ato suscetível de levantar o sigredo bancário e admitir o acesso aos dados sigilosos.

4.2 A análise da constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001 no Supremo Tribunal Federal

Com a publicação da LC 105/2001, diversas ações questionando sua inconstitucionalidade foram propostas. Contudo, a apreciação da questão pelo Supremo Tribunal Federal demorou bastante tempo, permanecendo a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade da lei, o que levou juízes e tribunais brasileiros a proferirem, muitas vezes, decisões sem unicidade.

Em verdade, ainda antes das primeiras decisões específicas a respeito da questão da constitucionalidade da lei surgirem, o Supremo Tribunal Federal sugeria interpretação da lei complementar restritiva em relação à interpretação dos sujeitos a quem a lei concedeu o poder de quebra de sigilo, delimitados tais sujeitos, segundo o decidido pelos ministros, a apenas o Judiciário, o Legislativo e as Comissões Parlamentares de Inquérito. É o que se percebe no julgamento do Mandado de Segurança nº 22.801, do Distrito Federal, com julgamento em 17/12/2007, conforme se extrai do voto do ministro relator Menezes Direito que analisou alguns dispositivos da Lei Complementar nº 105/2001 (importante pontuar, contudo, que a decisão não ponderou a respeito do artigo 6º):

Como se vê dos artigos transcritos, referida Lei Complementar não conferiu ao Tribunal de Contas da União poderes para determinar a quebra do sigilo bancário de dados constantes do Banco Central do Brasil. O legislador conferiu esses poderes ao Poder Legislativo Federal (art. 4º), bem como às Comissões Parlamentares de Inquérito, após prévia aprovação do pedido pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito (§§ 1º e 2º do art. 4º)
Verifica-se, ainda, que a Lei Complementar em questão foi exaustiva acerca da matéria [...].

Poder-se-ia esperar, portanto, que a análise da corte quando no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas fizesse de uso de interpretação semelhante, estendendo o poder de quebra de sigilo apenas aos poderes Judiciário, Legislativo e às Comissões Parlamentares de Inquérito.

O que se verificou, contudo, foi uma sucessão de mudanças de entendimento da corte (considerada como uma, mas, claro, sem se olvidar da composição dos ministros que é alterada ao decorrer do tempo) que acabou por, ultimamente, entender pela constitucionalidade do artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001.

4.2.1 O Recurso Extraordinário nº 389.808/PR

Interessante questão se verificou no julgamento do Recurso Extraordinário nº 389.808, ocorrido em 15/12/2010. Antes de adentrar no conteúdo decisório, contudo, é válido lembrar que, antes do julgamento do mérito do recurso, houve ação cautelar (nº 33/PR) proposta a fim de que o STF concedesse efeito suspensivo ao recurso extraordinário. O processo original era procedente de Mandado de Segurança julgado pelo Tribunal Regional Federal da 4º Região. No caso, a empresa G.V.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A acionou a justiça federal após ter recebido notificação de instituição financeira informando que a Receita Federal havia ordenado a entrega dos dados de movimentação da conta bancária da empresa em procedimento fiscalizatório. A ordem requerida, contudo, foi negada pelo Tribunal, motivando a impugnação por Recurso Extraordinário.

Liminarmente, o Ministro Marco Aurélio determinou o efeito suspensivo, impedindo o fornecimento das informações bancárias à Receita Federal até a decisão final do Recurso Extraordinário. No momento de referendar ou não a liminar, contudo, em 24/11/2010 restou vencedora a divergência aberta pelo Ministro Joaquim Barbosa. A divergência aberta, entretanto, limitou-se a questionar aspectos processuais e contestou, ademais, a verossimilhança das alegações trazidas pelo autor, acentuando, ademais, a falta de apreciação por parte da Corte Suprema acerca das várias ações diretas de inconstitucionalidade à época propostas, conforme o voto do Ministro Joaquim Barbosa:

Peço vênia ao ilustre relator para divergir. Em realidade, em situações como ados autos, em que o requerente pleiteia efeito suspensivo, mesmo que ativo, a recurso extraordinário contra decisão de Tribunal Regional Federal que lhe foi desfavorável, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal tem admitido o pedido como de tutela antecipada, já que não seria possível restaurar, em recurso extraordinário, aquilo que nunca existiu.

[...]

De qualquer forma, mesmo que se entenda que falta previsão legal para a concessão dessa tutela antecipada, é necessário perquirir sobre os requisitos para tal concessão, e essa investigação, de acordo com a Primeira Turma, não pode limitar-se a uma simples análise do perigo da demora e acerca da plausibilidade jurídica, mas deve ater-se, também, a um convencimento da verossimilhança da alegação, tal como prevê o art. 273 do Código de Processo Civil para a tutela antecipada.

[...]

É que o tema de mérito do recurso extraordinário envolve a análise de matéria que está sob o crivo desta Suprema Corte, no âmbito de controle concentrado de constitucionalidade. [...] O que há de concreto é o ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade que trazem essa discussão para o Tribunal, mas isso não é suficiente para a configuração do requisito da “verossimilhança da alegação”.

Vê-se que a divergência aberta pelo ministro considerou que o efeito suspensivo requerido, em verdade, constituiria pedido de antecipação dos efeitos da tutela, vez que foi o autor do recurso que restou derrotado na decisão do Tribunal Regional Federal. Ademais, salientou o ministro que a mera existência de ações de inconstitucionalidade propostas mas não ainda decididas não seriam suficientes a configurar a verossimilhança das alegações. Cumpre informar que o Ministro Joaquim Barbosa ainda afastou a possibilidade de configuração do periculum in mora, ao pontuar que da sentença de primeira instância que denegou a ordem objeto da disputa até o ajuizamento ação cautelar que acabou não referendada, passaram-se quase dois anos. Acompanhando e complementando a divergência do Ministro Joaquim Barbosa, contudo, os ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Ellen Gracie fizeram análise mais meritória, conforme trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes:

[...] a alegada incompatibilidade entre o ar. 6º da LC 105/2001 e o Decreto nº 3.724/2001 com a Carta Magna não são patentes, muito menos evidentes. Ressalte-se que o direito ao sigilo bancário não é absoluto, nem ilimitado. Havendo tensão entre o direito do indivíduo e o direito da coletividade, em torno do conhecimento de informações relevantes para determinado contexto social, o controle sobre os dados pertinentes não há de ficar submetido ao exclusivo arbítrio do indivíduo [...]
Prima facie, não há vedação para que a lei disponha sobre o acesso da administração tributária a essas informações protegidas dos contribuintes.

O Ministro Gilmar Mendes, portanto, adotou entendimento de não oposição à disposição, em lei, de meios de acesso da administração tributário aos dados do sigilo bancário, em nome da prevalência do direito da coletividade.

O Ministro Dias Toffoli, por sua vez, em seu voto, argumentou de forma contrária à própria existência de quebra de sigilo, ponderando que, na verdade, no caso haveria a transferência de sigilo:

[...] No meu entender, o artigo 6º da Lei Complementar nº 105, de janeiro de 2001, ao permitir essa ação fiscal e esse acesso, ele o faz exatamente resguardando o sigilo, e não quebrando o sigilo; numa possibilidade de acesso à transferência do sigilo, na forma do parágrafo único do artigo 6º. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere esse artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.
[...]
Pois bem, nesse sentido, meu entendimento é que aqui não se trata de quebra de sigilo, trata-se, na verdade, de uma transferência de dados sigilosos de um determinado portador desses dados, que tem o dever de sigilo, para um outro, que manterá a obrigação desse sigilo.

A Ministra Ellen Gracie acompanhou o raciocínio do Ministro Toffoli, refletindo que “o que ocorre não é propriamente a quebra do sigilo, mas a ‘transferência de sigilo’ dos bancos ao Fisco. Os dados até então protegidos pelo sigilo bancário, prosseguem protegidos pelo sigilo fiscal”. Restou vencido, portanto, o relator, e a liminar ficou não referendada, permitindo-se o acesso da Receita Federal aos dados do sigilo bancário.

Pouco tempo depois, todavia, por ocasião de julgamento do mérito do Recurso Extraordinário nº 389.808, entendimento contrário prevaleceu. Na ocasião, acompanharam o voto do relator Marco Aurélio pelo provimento do recurso os ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Gilmar Mendes, que mudou entendimento anteriormente esposado. Restaram vencidos os ministros Dias Toffoli, Ellen Gracie, Carmen Lúcia e Ayres Britto.

O argumento vencedor baseou-se na proteção constitucional à intimidade e ao sigilo de dados, que exigiria, a fim de levantamento do segredo bancário, ordem judicial. Destacou, ademais, incoerência em que iria se incorrer caso se aceitasse a constitucionalidade do artigo questionado, vez que, caso o correntista gozasse de foro privilegiado em processo criminal que pedisse a quebra do seu sigilo bancário, esta somente poderia ser autorizada pelo Supremo; enquanto isso, a Receita poderia quebrar o mesmo sigilo para efeito de cobrança de tributos. Conforme trecho do voto do ministro relator Marco Aurélio:

As questões envolvidas na espécie são muitas. A primeira delas diz respeito à rigidez, a acarretar a supremacia, da Constituição Federal. Ato normativo abstrato autônomo há de respeitar o que nela se contém.

O segundo aspecto tem ligação com o primado do Judiciário. Não se pode transferir a atuação deste, reservada com exclusividade por cláusula constitucional, a outros órgãos, sejam da administração federal, sejam da estadual, sejam da municipal. [...]

A terceira questão a ser considerada concerne à denominada prerrogativa de foro. Detendo-a o cidadão, só pode ter o sigilo afastado ante a atuação, fundamentada, do órgão Judiciário competente, mas, até aqui, segundo o acórdão impugnado mediante este extraordinário, ombreiam, em despropósito insuplantável, o Judiciário e a Receita Federal. Em síntese: ainda que o correntista goze da prerrogativa de ser julgado criminalmente pelo Supremo, este sim autorizado constitucionalmente a quebrar-lhe o sigilo de dados bancários, a Receita poderá fazê-lo não para efeitos criminais, mas de cobrança de tributos, fato que revelará verdadeira coação política na cobrança de tributos, a contrariar jurisprudência sedimentada.

Da leitura do voto do ministro Gilmar Mendes, decisivo para a decisão que deu provimento ao RE, bem fica explicitada a mudança de entendimento do ministro:

[...] depois de ouvir o voto do ministro Marco Aurélio naquela assentada e, ainda, o voto do Ministro Celso de Mello, eu me fiz a pergunta que, de alguma forma, todos nós podemos fazer: Por que há de ser tão difícil, numa matéria que é relevante e tão suscetível a abusos, obter-se essa declaração do próprio Poder Judiciário, diante uma medida cautelar? [...]

No que diz respeito ao acesso à conta com todas as suas consequências, não se trata de negar esse acesso, mas simplesmente de exigir – essa é a premissa do voto do Relator e também do voto do Ministro Celso de Mello proferido na cautelar – que, tendo em vista o valor de que se cuida dos direitos fundamentais, haja a observância do princípio da reserva de jurisdição. Portanto, não se trata de impedir o acesso.

Optou a corte, portanto, por entendimento que privilegiou a reserva de jurisdição ao caso, impedindo o acesso direto da Receita aos dados bancários do contribuinte. O julgamento do RE, contudo, não impediu a análise das diversas declarações de inconstitucionalidade propostas, objetos de julgamento no âmbito do controle concentrado. Permaneciam, assim, pendentes de decisão as ADIs de nº 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859, todas discutindo a constitucionalidade de variados artigos da Lei Complementar nº 105, o mais importante deles o 6º. A ADI nº 4.006 questionou, ademais, a constitucionalidade da Instrução Normativa nº 802/07 da Receita Federal do Brasil, que trouxe a seguinte disposição:

Art. 1º As instituições financeiras, assim consideradas ou equiparadas nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, devem prestar informações semestrais, na forma e prazos estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), relativas a cada modalidade de operação financeira de que trata o art. 3º do Decreto nº 4.489, de 2002, em que o montante global movimentado em cada semestre seja superior aos seguintes limites:

I - para pessoas físicas, R\$ 5.000,00 (cinco mil reais);

II - para pessoas jurídicas, R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

§1º As operações financeiras de que tratam os incisos II, III e IV do art. 3º do Decreto nº 4.489, de 2002, deverão ser consideradas de forma conjunta pelas instituições financeiras, para fins de aplicação dos limites de que tratam os incisos I e II do caput.

§2º As informações sobre as operações financeiras de que trata o caput compreendem a identificação dos titulares das operações ou dos usuários dos serviços, pelo número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), e os montantes globais mensalmente movimentados.

Art. 2º Na hipótese em que o montante global movimentado no semestre referente a uma modalidade de operação financeira seja superior aos limites de que tratam os incisos I e II do art. 1º, as instituições financeiras deverão prestar as informações relativas às demais modalidades de operações ou conjunto de operações daquele titular ou usuário de seus serviços, ainda que os respectivos montantes globais movimentados sejam inferiores aos limites estabelecidos.

O referido regulamento, como extraído de seus dispositivos, retirou fundamento do Decreto nº 4.489/02, que regulamentou o artigo 5º da Lei Complementar nº 105/2001. Representou, de certa forma, a materialização dos efeitos da citada lei complementar, obrigando a prestação de informações semestrais à Receita Federal, quando o montante movimentado a cada semestre atingisse os valores previstos. Nos termos da instrução normativa, as informações sobre as operações financeiras repassadas incluiriam a identificação das operações ou dos usuários dos serviços, pelo CPF ou CNPJ e os montantes movimentados.

4.2.2 O julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade

Em virtude do grande volume de ações diretas de inconstitucionalidade propostas, muitas acabaram apensadas às outras com que guardavam relação, o que acabou por deixar pendente de julgamento quatro principais, as de nº 2.390, proposta pelo Partido Social Liberal; 2.386, proposta pela Confederação Nacional do Comércio; 2.397, proposta pela Confederação Nacional da Indústria e 2.859, proposta pelo Partido Trabalhista Brasileiro. Questionavam a constitucionalidade do artigo 6º, objeto principal deste trabalho, as três primeiras, motivo pelo qual se dará maior ênfase aos fatos do julgamento mais intimamente relacionados a esse artigo.

Por guardarem estreita relação entre si, as ADIs foram julgadas de forma conjunta, com relatório do Ministro Dias Toffoli. No final, prevaleceu o entendimento pela constitucionalidade da lei – e, por consequência, do artigo 6º -, muito em razão de três argumentos principais: a necessidade de manutenção de instrumentos eficazes à fiscalização tributária, a estreita conexão entre o acesso às informações dos contribuintes e a concretização da Justiça fiscal, mediante a observância do princípio da capacidade contributiva, e a bastante clara tendência internacional ao fim do sigilo bancário contra o Fisco e à troca de informações entre vários países (CORREIA NETO, 2016).

Do voto do ministro relator, alguns pontos se destacam. Primeiramente, a consideração de que não haveria, no caso da lei complementar em discussão, quebra de sigilo bancário:

Como salientei, mantenho o entendimento que em outras ocasiões já externei: para se falar em “quebra” de sigilo bancário pelos dispositivos impugnados, necessário seria vislumbrar, em seus comandos, autorização para a exposição das informações bancárias.

[...]

A determinação de sigilo se estende, ainda, pela legislação tributária, apontada nos dispositivos questionados. Observe-se que o Código Tributário Nacional, no art. 198, “[veda] a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades”. Questiono, então: de que tratam todos esses dispositivos, senão do sigilo das informações? Na percuciente definição da eminente Ministra Ellen Gracie, exposta durante o julgamento da AC nº 33, “o que ocorre não é propriamente a quebra de sigilo, mas a ‘transferência de sigilo’ dos bancos ao Fisco. Os dados, até então protegidos pelo sigilo bancário, prosseguem protegidos pelo sigilo fiscal”.

Segundo o relator, não haveria, no caso, quebra de sigilo; haveria, sim, transferência de sigilo, passando os dados da proteção do sigilo bancário à proteção do sigilo fiscal:

Trata-se, desse modo, de uma transferência de dados sigilosos de um determinado portador, que tem o dever de sigilo, para outro, que mantém a obrigação de sigilo. Note-se que, ao se dizer que há mera transferência de informações, não se está por desconsiderar a possibilidade de utilização dos dados pelo Fisco. Está-se, contudo, a dizer que essa utilização não desnatura o caráter sigiloso da movimentação bancária do contribuinte, e, dessa forma, não tem o condão de implicar violação de sua privacidade.

Argumentou, ademais, que o acesso às informações de sigilo bancário não implica em devassa à intimidade do contribuinte, mas, em verdade, apenas significa a concretização da atividade fiscalizatória atribuída ao Fisco, inerentemente capaz de conhecer dos dados da vida econômica do indivíduo:

Nesse sentido, o conhecimento da notícia, do dado, da informação não implica, por si, que haja violação da privacidade, desde que: 1) não seja seguido de divulgação; 2) for do domínio apenas de quem legitimamente o detenha. E é nisso que reside o chamado ‘sigilo fiscal’: o Fisco, é certo, detém ampla informação relativa “[a]o patrimônio, [a]os rendimentos e [à]s atividades econômicas do contribuinte” (art. 145, § 1º, da CF/88), e tem, em contrapartida, o dever de sobre ela silenciar (no sentido de não proceder à divulgação); permanecendo-lhe legítimo utilizar os dados para o fim de exercer os comandos constitucionais que lhe impõem a tributação. E, enquanto a atividade do Fisco se desenvolver sob esses limites (sigilo e utilização devida), está respaldada pela previsão constitucional inserta no art. 145, § 1º, da CF/88.

[...]

E, se a Receita Federal já detém o conjunto maior, que corresponde à declaração do conjunto total de nossos bens, por que ela não poderia ter acesso – também sem autorização judicial e desde que “respeitados os direitos individuais” – ao conjunto menor? Em síntese, tenho que o que fez a LC 105/2001 foi possibilitar o acesso de dados bancários pelo Fisco, para identificação, com maior precisão, por meio de legítima atividade fiscalizatória, do patrimônio, dos rendimentos e das atividades econômicas do contribuinte, sem permitir, contudo, a divulgação dessas informações, resguardando-se a intimidade e a vida privada do correntista.

Outro ponto levantado pelo ministro é a relação entre o dever fundamental de pagar tributos e as atividades de fiscalização do Estado que evitam a sonegação fiscal, além de atuarem no combate às organizações criminosas, às fraudes do comércio exterior e à concorrência desleal. Usa, também, como fortalecimento a esse argumento os diversos acordos internacionais dos quais é parte o Brasil, tratados como importante compromisso internacional de combate à movimentação de dinheiro de origem ilegal no mundo:

Sendo o pagamento de tributos, no Brasil, um dever fundamental, por representar o contributo de cada cidadão para a manutenção e o desenvolvimento de um Estado que promove direitos fundamentais, é preciso que se adotem mecanismos efetivos de combate à sonegação fiscal.

Em 2015, a sonegação fiscal no país ultrapassou a marca dos R\$ 420 bilhões, valor estimado pelo Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda (SINPROFAZ) ainda no mês de outubro daquele ano, conforme noticiou o portal Estadão, em 22 de outubro de 2015. Segundo o editorial, esse valor equivale a 13 (treze) vezes o valor que o governo pretende arrecadar com a volta da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira.

[...]

O entendimento aqui defendido é corroborado pelo estudo do Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT) mencionado acima, que atestou que o cruzamento de informações é um dos principais responsáveis pela queda da sonegação, o que confirma a imprescindibilidade da aplicação das normas ora questionadas.

[...]

Ressalta-se, ainda, que o acesso às informações bancárias pela Administração é relevante não só para coibir os casos de sonegação fiscal, mas também para o combate às organizações criminosas, às fraudes do comércio exterior e às condutas caracterizadoras de concorrência desleal. Mais recentemente, tem-se mostrado instrumento essencial no combate à corrupção no país e aos crimes de lavagem de dinheiro, dentre tantos outros delitos.

Atente-se que o Brasil assumiu compromissos internacionais relativos à transparência e ao intercâmbio de informações financeiras para fins tributários e de combate à movimentação de dinheiro de origem ilegal no mundo

[...]

Esses movimentos de cooperação internacional para a troca de informações para fins tributários evidenciam que o compartilhamento de informações financeiras dos contribuintes com as administrações tributárias é uma tendência internacional.

Os argumentos esposados pelo ministro elencam, portanto, a Lei Complementar nº 105/2001 e os seus dispositivos de facilitação do acesso aos dados sigilosos pela administração pública como importante mecanismo legislativo de combate à sonegação fiscal, responsável, nas palavras do ministro, por um grande problema de arrecadação do Estado brasileiro. Além da sonegação fiscal, contudo, o acesso às informações bancárias representaria ainda meio de combate a organizações criminosas, fraudes no comércio exterior e concorrência desleal. Isso também porque finaliza seu argumento defensor da constitucionalidade do artigo 6º o Ministro Dias Toffoli referindo-se à tendência internacional existente relativa à transparência e ao intercâmbio de informações financeiras entre os vários países do mundo, com o fito de combater a movimentação ilegal de dinheiro no âmbito internacional.

Vê-se dos trechos destacados do voto do relator que foi adotada uma racionalização bastante finalística, referente principalmente aos objetivos das permissões contidas na lei complementar em debate, os quais serviriam a fins nobres como o combate à sonegação e ao crime em geral em escala internacional, além da busca por uma justiça fiscal pautada no respeito ao princípio da capacidade contributiva.

A respeito desse último ponto, destaca-se trecho do voto do Ministro Luís Roberto Barroso que bem relacionou a consagração da capacidade contributiva como meio de busca da justiça fiscal e a necessária atividade de fiscalização tributária exercida pela Administração Pública:

[...] na feição atual do Estado, todos têm a obrigação de contribuir, na medida das suas capacidades, para a manutenção do Estado Fiscal; e (ii) para garantir a efetividade da primeira afirmação, é necessária a criação de regras que auxiliem a fiscalização e arrecadação de tributos, possibilitando que tais recolhimentos possam representar de maneira concreta o percentual da riqueza revelada pelo contribuinte. Um sistema tributário constitucional que consagre a capacidade contributiva e a utilize

na gradação dos seus tributos, mas não conceda à autoridade fiscal os mecanismos necessários para fazer cumprir esse objetivo na prática e coibir os abusos, frustra a vontade da Constituição de promover uma repartição equitativa da carga tributária, o que é um direito de todos.

Importante debate surgiu na discussão, principalmente em razão de argumentos levantados pelos ministros Luís Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, concernente à aplicação dos dispositivos da lei complementar no âmbito dos estados e municípios. Por sugestão dos dois ministros citados, contudo, o Ministro Toffoli acabou explicitando em seu voto o seguinte:

Por fim, no que tange especificamente ao art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, acolho as sugestões formuladas em Plenário pelos eminentes Ministros Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, no sentido de deixar explicitado neste julgamento que os Estados e Municípios somente poderão obter as informações de que trata o preceito em referência quando a matéria estiver devidamente regulamentada, de forma análoga ao Decreto federal nº 3.724/2001, o qual foi formulado de forma a resguardar as garantias processuais do contribuinte, na forma preconizada pela Lei nº 9.784/99, e o sigilo dos seus dados bancários. Assim, a exemplo do que prevê o mencionado decreto federal, a regulamentação da matéria no âmbito estadual e municipal deverá, obrigatoriamente, conter as seguintes garantias:

I - pertinência temática entre as informações bancárias requeridas na forma do art. 6º da LC nº 105/2001 e o tributo objeto de cobrança no processo administrativo instaurado;

II - prévia notificação do contribuinte quanto à instauração do processo (leia-se, o contribuinte deverá ser notificado da existência do processo administrativo previamente à requisição das informações sobre sua movimentação financeira) e relativamente a todos os demais atos;

III - submissão do pedido de acesso a um superior hierárquico do agente fiscal requerente;

IV - existência de sistemas eletrônicos de segurança que sejam certificados e com registro de acesso, de modo que torne possível identificar as pessoas que tiverem acesso aos dados sigilosos, inclusive para efeito de responsabilização na hipótese de abusos;

V - estabelecimento de mecanismos efetivos de apuração e correção de desvios;

VI - amplo acesso do contribuinte aos autos, garantindo-lhe a extração de cópias de quaisquer documentos e decisões, de maneira a permitir que possa exercer a todo tempo o controle jurisdicional dos atos da administração, segundo atualmente dispõe a Lei 9.784/1999

Ficou estabelecido, assim, que a fim de aplicação da permissão de acesso aos dados bancários pelos fiscos dos demais entes federativos, necessária seria, à semelhança do decreto federal nº 3.724/2001, a expedição de decretos regulamentadores que atendessem às garantias mínimas estabelecidas pela Lei nº 9.784/99, que regulou o processo administrativo no âmbito federal, sendo estas: pertinência temática entre as informações bancárias e o tributo objeto da cobrança; prévia notificação do contribuinte em relação ao processo administrativo; submissão do pedido de acesso a superior hierárquico; sistemas eletrônicos de segurança identificadores das pessoas que tiveram acesso aos dados; mecanismos de apuração e correção de

desvios e, por último, o amplo acesso do contribuinte aos autos, de forma a garantir o acesso ao Judiciário em caso de abuso.

Restaram vencidos apenas os ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. Os argumentos vencidos tomaram sentido comum, privilegiando a proteção à intimidade, ao sigilo de dados e a necessidade de reserva de jurisdição a fim de se determinar a quebra do sigilo bancário. É o que se extrai do seguinte trecho do voto do Ministro Marco Aurélio:

Sobre a matéria, o que temos no rol das garantias constitucionais – o principal rol, porque há outras garantias em dispositivos diversos da Carta de 1988? Vem-nos, do inciso XII do artigo 5º, uma regra e, para confirmá-la, uma exceção. A regra está na revelação da inviolabilidade dos dados – gênero –, incluídos, iniludivelmente, os bancários.

Mas o legislador constituinte, ao cogitar da inviolabilidade do sigilo de correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações, abriu exceção, que, pelo visto, não é tão exceção assim, ao prever que esse sigilo poderia ser afastado por parte integrante de relação jurídica? Afastado pela feitura de justiça pelas próprias mãos? Não, Presidente. Poderia o sigilo ser afastado, como pode ser afastado – e, muitas vezes, o é – por ordem judicial, a pressupor a atuação de órgão equidistante quanto ao conflito de interesses, que deverá atentar para outra regra constitucional, a versar que as decisões judiciais devem ser fundamentadas.

Parou nisso, na delimitação da exceção, o constituinte? Não, foi além e restringiu a atuação do Judiciário, ao prever que o sigilo só pode cair por terra se vindo à balha por ordem judicial devidamente fundamentada e apenas – advérbio de modo – para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. [...]

Referindo-se a precedente invocado pelos ministros favoráveis ao voto do relator, o Mandado de Segurança nº 21.729, o Ministro Marco Aurélio lembrou que, no caso, estava em questão o uso de verbas públicas na atividade bancária de empréstimo discutida. Fato que, decerto, não poderia determinar o julgamento da constitucionalidade do artigo 6º:

O Tribunal fez referência ao precedente – em parte contrário ao que concluiu o Tribunal, em parte, apenas, contrário – revelado com o julgamento do Mandado de Segurança nº 21.729, e, por acaso, fui Relator. Porque não ressalvo entendimento nesses trinta e sete anos de ofício judicante, não redigi o acórdão. Ficou como redator um Ministro exemplar que, durante muitos anos, ocupou a cadeira que hoje ocupo, a de Vice-Decano, o ministro José Néri da Silveira. A situação concreta – e se afastou, em termos, o Primado do Judiciário: o Procurador-Geral da República dirigiu-se diretamente ao Banco do Brasil, objetivando dados bancários alusivos a correntistas situados na indústria sucroalcooleira. Nesse julgamento, houve definição – confesso que também ocorreu no Recurso Extraordinário nº 389.808 –, por escorre muito apertado, maioria composta por um voto, vencido, na oportunidade, eu próprio, o relator, o saudoso ministro Maurício Corrêa, os ministros Celso de Mello, Ilmar Galvão e Carlos Velloso. O que tivemos nesse caso? A potencialização do envolvimento de verbas públicas. Já agora, nos casos que estamos julgando, não se trata de preservar-se a coisa pública, consideradas verbas dessa natureza.

Abriu-se a porteira para afastar-se a limitação do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal quanto à inviolabilidade do sigilo de dados? A meu ver, não. Esse precedente deve ficar como escoteiro, já que à margem do que disposto no inciso mencionado.

Quanto ao ponto aceito pelos demais ministros de que, no caso, não há falar em quebra de sigilo bancário, mas sim em transferência de sigilo, muito didática e enfaticamente o Ministro Marco Aurélio retrucou:

Apontou Sua Excelência ocorrer uma simples transferência de dados, e não quebra do sigilo. Como leigo, faria um paralelo: considerado segredo passado a outrem, continua sendo segredo? Não, Presidente, deixa de ser segredo. Fez referência à circunstância de o precedente no Recurso Extraordinário nº 389.808/PR ter envolvido pessoa jurídica, e não pessoa natural. Mas indaga-se: o Texto Constitucional, protetor dessa liberdade fundamental, que é o direito à preservação da intimidade, distingue? Não distingue. E, onde o legislador não distinguiu, não cabe ao intérprete fazê-lo. Acrescentou mais: que o contribuinte é instado a apresentar os dados. Para quê, se a Receita tem um banco com esses dados, ante as comunicações periódicas dos estabelecimentos bancários? Para alcançar-se a forma pela forma? Que vingue a primazia da realidade.

Criticou, ademais, os argumentos que prezaram pela propriedade finalística do acesso aos dados bancários pela Receita no combate aos diversos crimes e em nome da cooperação internacional, conforme pregado pelo Ministro Dias Toffoli no voto acompanhado pela maioria do Tribunal:

Também deu-se ênfase enorme ao movimento mundial. O Brasil ainda é uma nação soberana, e não se sobrepõe a Carta, tratados e convenções com ela conflitantes. O dever maior do Supremo, assim se proclama, é o de guarda, não dos tratados e convenções internacionais, não da reciprocidade internacional, mas da Constituição Federal.

Veio um argumento que nos conduziria à postura da hipocrisia, do politicamente correto, ou seja, o combate à corrupção e à lavagem de dinheiro.

Conserte-se o Brasil com "c" e com "s", mas sem menosprezo às liberdades fundamentais. Somente se avança culturalmente e somente se tem Estado verdadeiramente Democrático de Direito quando essas liberdades são observadas.

Há mais, e não me canso de dizer isso, embora seja vala comum: em Direito o meio justifica o fim, mas não este àquele, sob pena de não se ter justiça, mas justiçaamento. E, quem sabe, talvez seja mais interessante construir-se, na Praça dos Três Poderes, um paredão.

Cooperação mundial? Assustou-me a evocação da cooperação mundial, porque escancarou, a mais não poder, que os dados recebidos são utilizados nessa mesma cooperação. O que fazemos, no Supremo, quando determinamos quebra de sigilo? Embora o processo seja público, mandamos envelopar os elementos alusivos à quebra. Mas a Receita quer os dados, sigilosos por mandamento maior, o decorrente da Carta, para adentrar o campo da cooperação mundial! Busquemos a transparência, mas sem atropelos, porque não se avança culturalmente dessa forma. A cooperação internacional deve ser harmônica com o arcabouço normativo pátrio, sem o que não pode ser implementada.

O Ministro Marco Aurélio foi acompanhado em sua divergência pelo Ministro Celso de Mello, que, em seu voto, destacou ainda mais a proteção constitucional dada à intimidade, à vida privada e ao sigilo de dados, do que decorreria a necessidade de ordem judicial que restringisse o direito fundamental esculpido no sigilo bancário. Conforme o voto do Ministro Celso de Mello, a privacidade constitui ideia e direito protegido que “se desenvolve,

projetando-se, p. ex., no plano da privacidade financeira que se revela comum tanto às pessoas físicas quanto às pessoas jurídicas”. Sobre a necessidade de reserva de jurisdição, o ministro muito bem complementou o raciocínio desenvolvido pelo Ministro Marco Aurélio:

Esse tema ganha maior relevo se se considerar o círculo de proteção que o ordenamento constitucional estabeleceu em torno das pessoas, notadamente dos contribuintes do Fisco, objetivando protegê-los contra ações eventualmente arbitrárias praticadas pelos órgãos estatais da Administração Tributária, o que confere especial importância ao postulado da proteção judicial efetiva, que torna inafastável a necessidade de autorização judicial para efeito de exposição e revelação de dados protegidos pela cláusula do sigilo bancário.

Na realidade, a reserva de jurisdição traduz inestimável garantia institucional de proteção a direitos, liberdades e prerrogativas fundamentais das pessoas em geral, cuja integridade merece tutela especial do Estado, concretizada mediante respeito à cláusula constitucional da proteção judicial efetiva.

Em havendo situação de colidência entre princípios impregnados de qualificação constitucional, como pode ocorrer entre as prerrogativas institucionais da Administração Tributária, de um lado, e os direitos e garantias básicas dos contribuintes, de outro, a resolução desse estado de antagonismo deverá constituir objeto de um pertinente juízo de ponderação, a ser exercido não por um dos sujeitos parciais da relação litigiosa, que certamente atuaria “pro domo sua”, mas, isso sim, por um terceiro juridicamente desinteressado, como os órgãos integrantes do Poder Judiciário do Estado.

[...]

A submissão do Fisco às limitações decorrentes da cláusula da reserva de jurisdição não desampara os direitos dos entes tributantes, pois estes sempre poderão pretender o acesso às contas bancárias e aos dados existentes em instituições financeiras, referentes aos contribuintes, desde que o façam por intermédio do Poder Judiciário, expondo a sua postulação ao controle e à supervisão dos juízes e Tribunais.

A Administração Tributária, portanto, embora incumbida de vários poderes que lhe permitem partilhar do conhecimento de significativos dados da vida do contribuinte, não pode, justificando-se no atendimento a sua tarefa de fiscalização, violar direitos e garantias fundamentais, como destaca o ministro:

O que me parece significativo, no contexto ora em exame – e assim já me pronunciei no julgamento do RE 389.808/PR –, é que a Administração Tributária, embora podendo muito, não pode tudo, eis que lhe é somente lícito atuar, “respeitados os direitos individuais e nos termos da lei” (CF, art. 145, § 1º), consideradas, sob tal perspectiva, e para esse efeito, as limitações decorrentes do próprio sistema constitucional, cuja eficácia restringe, como natural consequência da supremacia de que se acham impregnadas as garantias instituídas pela Lei Fundamental, o alcance do poder estatal, especialmente quando exercido em face do contribuinte e dos cidadãos da República.

Esses foram, em suma, os principais argumentos utilizados, tanto do lado que prevaleceu, representado principalmente pelo voto do relator Ministro Dias Toffoli, quanto do lado vencido, este representado pelos ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. Cuidar-se-á da análise de cada argumento, buscando-se uma conclusão a respeito do que parece mais cor-

reto, em tópico destinado à discussão da constitucionalidade do artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001.

4.3 Quebra de sigilo ou transferência de sigilo?

Um dos principais pontos fixados no julgamento das ações discutindo a constitucionalidade dos vários dispositivos da Lei Complementar nº 105/2001, especialmente o artigo 6º, foi o de que a lei complementar não permitiu a quebra de sigilo, mas apenas elencou hipótese de transferência de sigilo.

Por essa ideia, não haveria quebra de sigilo uma vez que o acesso pelo Fisco aos dados protegidos por sigilo bancário não permitia a divulgação dos mesmos, que permaneceriam sob a proteção do sigilo, agora fiscal. Nas palavras da Ministra Ellen Gracie por ocasião do julgamento da Ação Cautelar nº 33/PR, “o que ocorre não é propriamente a quebra do sigilo, mas a ‘transferência de sigilo’ dos bancos ao Fisco. Os dados até então protegidos pelo sigilo bancário, prosseguem protegidos pelo sigilo fiscal”.

A tese foi acolhida e fez, inclusive, parte do voto dos ministros que reconheceram a constitucionalidade dos artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001, conforme o voto do Ministro Dias Toffoli:

Trata-se, desse modo, de uma transferência de dados sigilosos de um determinado portador, que tem o dever de sigilo, para outro, que mantém a obrigação de sigilo. Note-se que, ao se dizer que há mera transferência de informações, não se está por desconsiderar a possibilidade de utilização dos dados pelo Fisco. Está-se, contudo, a dizer que essa utilização não desnatura o caráter sigiloso da movimentação bancária do contribuinte, e, dessa forma, não tem o condão de implicar violação de sua privacidade.

A tese da transferência, contudo, foi rebatida pelo Ministro Marco Aurélio, que em seu voto afirmou: “como leigo, faria um paralelo: considerado segredo passado a outrem, continua sendo segredo? Não, Presidente, deixa de ser segredo”

Na doutrina, a negação a uma quebra de sigilo e afirmação de transferência de sigilo encontra bastante suporte.

Conforme Leandro Paulsen (2015, p. 271):

[...] deve-se considerar que sequer ocorre propriamente uma quebra de sigilo, mas, isto sim, uma transferência de sigilo. Isso porque as informações sob sigilo bancário são repassadas ao Fisco, que tem a obrigação de mantê-las sob sigilo fiscal. O art. 198 do CTN é expresso no sentido de vedar a divulgação, por parte da Fazenda Pública, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios.

Não diferente é o posicionamento de Augusto Cesar de Carvalho Leal (2013, p. 31):

Nesse diapasão, parece evidente que não há qualquer lesão ao direito à intimidade em decorrência do debatido acesso direto da Administração Tributária aos dados econômicos do contribuinte, uma vez que estes não são, de forma alguma, divulgados publicamente, havendo mera transferência do sigilo das instituições financeiras para o Estado[...]

Mary Elbe Gomes (2012, p. 29) considera o mesmo:

Importa salientar que, na realidade, não há “quebra de sigilo bancário” quando se transferem informações que estão de posse das instituições financeiras para os agentes do Fisco, pois, a estes, igualmente, é transferida a obrigatoriedade da manutenção do sigilo dos dados obtidos em razão do ofício que desempenham. Assim, a partir desse momento, as citadas informações são transferidas e passam a estar protegidas sob o sigilo fiscal, cuja infringência acarretará responsabilidade administrativa, civil e criminal para aquele que as divulgar. Consoante o artigo 198 do CTN, as autoridades fazendárias são obrigadas a guardar sigilo fiscal das informações a que tenham acesso.

Aldemario Araujo Castro (2003, p.3) não diverge:

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

Interessante posição é tomada pela professora Denise Lucena Cavalcante (2001, *on-line*), que, mesmo favorável à constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001, pondera que, de fato, esta autorizou a quebra de sigilo pela administração tributária, pois ao se referir à LC 105/2001, comenta que sua maior polêmica seria a “possibilidade de quebra do sigilo bancário pela autoridade fazendária, com a revogação do art. 38, da Lei 4.595/64, que restringia ao Poder Judiciário a autorização para o acesso as informações bancárias dos contribuintes”.

A análise dos argumentos pela transferência do sigilo – e não pela sua quebra -, contudo, parece não resistir a alguns questionamentos. Primeiramente, vê-se que o principal fato que sustenta a tese é o de que a Administração Tributária, a ter acesso aos dados do sigilo bancário, estaria obrigada a preservar o segredo das informações, com a divulgação fora dos termos da lei, inclusive, constituindo crime tipificado.

Ocorre que esse raciocínio esquece que, no caso, existem dois momentos distintos. O primeiro momento diz respeito ao acesso às informações bancárias cobertas por sigilo

pela autoridade tributária. O segundo momento, já com o conhecimento das informações protegidas – proteção esta excepcionada à autoridade – é o correspondente ao segredo que deve guardar a administração, não revelando as informações sigilosas sob pena de violação do sigilo fiscal.

Isso porque, para ter a informação que deve manter sigilosa, o Fisco, inicialmente, teve acesso ao segredo. Irrelevante, assim – ao menos para a caracterização de uma não quebra de sigilo – que o Fisco não divulgue as informações recebidas. Em uma analogia infantil, um segredo não deixa de ser revelado se a pessoa inicialmente em posse do segredo conta para a outra, que até o fim de sua vida jamais o revela a outrem. O segredo é quebrado – o sigilo é quebrado – já com o conhecimento de outro sujeito, ainda que este não transmita as informações a mais ninguém.

A esse respeito, registre-se a doutrina de Hugo de Brito Machado Segundo (2015, p. 70):

Não se invoque, ainda na defesa dos dispositivos da LC nº 105/2001, o chamado “sigilo fiscal”, segundo o qual não haveria propriamente uma “quebra” do sigilo, mas apenas uma “transferência” desse sigilo para o Fisco, que não poderia divulgar nada daí decorrente. Na verdade, o cidadão não tem direito à privacidade apenas em face de determinadas pessoas, mas sim em face de toda a coletividade. Não se pode afirmar, portanto, que a violação ao sigilo é válida porque perpetrada “apenas” pelas autoridades fazendárias.

Realmente, o argumento da transferência de sigilo parece fundar-se nisso: retira as autoridades fazendárias de qualquer âmbito de alcance do segredo. Transforma as autoridades do fisco em entes especiais, a quem não cabe negar o conhecimento de fatos porquanto já são tais autoridades obrigadas a não divulgar esses fatos. A não divulgação das informações colhidas justificaria o acesso aos dados bancários. O sigilo fiscal justificaria a não aplicação do sigilo bancário.

Sobre isso, cabe outro comentário tecido por Hugo de Brito Machado Segundo (2015, p. 70), lembrando que direitos fundamentais tais qual a inviolabilidade do sigilo de dados “foram concebidos precisamente para serem opostos ao Poder Público, quem historicamente mais os violou”.

Ademais, prudentes e consideradas as questões levantadas por Marina Coelho Araújo (2016), professora do Insper:

Considerando o principal argumento dos ministros do Supremo Tribunal Federal, de que a entrega de informações ao Fisco pelas instituições financeiras seria mera transferência de titularidade no sigilo, entende-se que haveria, neste sentido, necessidade de se pleitear medida judicial para quebra de sigilo quando o motivo envolver medi-

da criminal. Se é uma mera transferência de sigilo bancário ao Fisco, não poderia este compartilhar a prova com outros órgãos estatais, sem decisão judicial. Contudo, o presidente do Supremo Tribunal Federal, ao tratar do tema, fundamentou sua posição pela necessidade de ação eficaz do Estado no combate à corrupção, lavagem de dinheiro e terrorismo. Ou seja, fundamentou sua decisão na necessidade de prevenção de crimes.

[...]

Pretende-se fazer uma fusão como se ambos os sigilos — fiscal e bancário — fossem coincidentes.

Pertinente, de fato o questionamento. Fosse o caso mesmo de transferência de sigilo – transferência que transformaria a instituição financeira e o Fisco, portanto, nos dois sujeitos conhecedores das informações sigilosas – não caberia a fundamentação dessa transferência no combate a crimes, por mais perversos e indesejáveis que eles sejam (como, de fato, inegavelmente são).

Importante considerar, ainda, em complemento ao raciocínio de justificativa de exceção ao sigilo bancário em virtude do sigilo fiscal, os ensinamentos do professor Hugo de Brito Machado, em seus comentários ao Código Tributário Nacional (2009, p. 772):

O principal argumento utilizado na defesa do projeto que a final se transformou na Lei Complementar nº 105 foi o de que não se estava promovendo a quebra do sigilo bancário, mas simplesmente permitindo a transferência de informações para a Receita Federal, que as guardaria em segredo por conta do sigilo fiscal. Argumento enganoso, porém, porque no mesmo instante estava sendo encaminhado o projeto que se transformou a final na Lei Complementar nº 104, que praticamente aboliu o sigilo fiscal.

Pretende-se fazer uma fusão como se ambos os sigilos — fiscal e bancário — fossem coincidentes.

Não é objeto deste trabalho, por óbvio, a Lei Complementar nº 104/2001, mas vale lembrar que a ADI nº 2.397, uma das propostas perante o Supremo Tribunal Federal e julgadas, conforme visto, conjuntamente, questionou a constitucionalidade do art. 1º da referida lei complementar, responsável pelas alterações no artigo 198 do CTN, foi julgada improcedente.

Do exposto e argumentado, portanto, fica bem claro não se tratar, no caso de uma transferência de sigilo. Há, sim, a quebra de sigilo diretamente pelo Fisco, autorizada em lei, seja tal quebra constitucional ou não, o que será ainda discutido por este trabalho. Esta é, inclusive, a conclusão elencada por Roque Antônio Carrazza (2012, p. 550), para quem o argumento de que não há quebra do sigilo bancário, mas apenas sua transferência para o agente fiscal não passa de sofisma.

4.4 A inconstitucionalidade do artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001

Embora a decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade produza “eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”,²⁰ não é capaz de silenciar críticas e debates acerca do tema. E fato é que, mesmo com a decisão proferida em ADI, muitas críticas feitas pela doutrina ao artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001 acabaram não refutadas, mas simplesmente preteridas por outros argumentos favoráveis à declaração de constitucionalidade.

Os argumentos que sustentaram esta declaração pelo Supremo Tribunal Federal, como já dito, resumem-se a três principais: a existente tendência internacional que propugna o fim do sigilo bancário oponível ao Fisco e a troca de informações entre vários países no combate aos crimes internacionais; a priorização à fiscalização tributária com elementos que lhe permitam a sua execução da melhor maneira e, por fim, a consagração da Justiça Fiscal possibilitada pelo acesso aos dados bancários pelas autoridades fazendárias, principalmente por meio da observância do princípio da capacidade contributiva.

Antes de tudo, contudo, uma observação: tema muito recorrente na defesa da constitucionalidade discutida é o da não configuração do sigilo bancário como direito absoluto. Ocorre que, contudo, isso, fundamentalmente, não importa. Que o sigilo bancário não é direito absoluto é fato quase incontroverso. Na verdade, é possível frisar que não há direitos fundamentais absolutos, o que já foi, inclusive, por diversas vezes reconhecido pelo próprio Supremo Tribunal Federal. No julgamento da Extradicação nº 986-9, em 15/08/2007, por exemplo, o Ministro Eros Grau já afirmou: “Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto [...]”.

4.4.1 O fim do sigilo bancário oponível ao Fisco no mundo e o combate aos crimes em cooperação internacional

Embora não se possa negar a importância de cooperação entre os diversos países no mundo na luta contra os crimes - que, como não poderia deixar de ser, em virtude da crescente globalização e expansão tecnológica vivenciada nas últimas décadas, deixam o âmbito

²⁰É a redação do parágrafo 2º do art. 102 da CRFB/88:

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

nacional em direção a uma multiplicação global, envolvendo quantias e valores de todos os países do mundo -, a questão a ser posta e discutida diz respeito, mais uma vez, à impropriedade do uso de um objetivo constituído em desejável fim como fundamento da quebra de sigilo sem a interferência prévia do Poder Judiciário.

Sobre o combate aos crimes, vale a explicação de Ives Gandra da Silva Martins (2001) a respeito do combate ao crime de sonegação e a fiscalização tributária:

A sonegação deve ser combatida e pode ser combatida com os instrumentos legais antes existentes. O que não se pode é pisotear direitos fundamentais do contribuinte, alijando o Poder Judiciário do exame desta questão, o que de resto, o inciso XXXV do art. 5º da C.F. proíbe.

Parece-me, pois, que a questão é, pois, meramente jurídica. A lei complementar afasta direitos fundamentais dos contribuintes (art. 5º incisos X, XII e XXXV) e não objetiva proteger o sonegador de quebra do sigilo - proteção que nunca teve - mas impedir o Poder Judiciário de exercer a função de Poder Neutro, que defende o Fisco contra o sonegador e o bom contribuinte contra o Fisco.

Não se pretende aqui, por falta de espaço e de objeto, pormenorizar todos os detalhes da cooperação internacional, seus fundamentos, objetivos e objetos. Mas, mesmo que fosse o caso de se minudenciar as diversas características da cooperação internacional, permanecería o problema de fundamentação da quebra de sigilo pelo objetivo buscado com a facilitação de sua quebra. Fosse o sigilo bancário algo banal, talvez isso fosse possível. Caso a nossa ordem jurídica permitisse a desconsideração sem maiores entreveros da inviolabilidade das informações bancárias privadas de cada pessoa, salutar poderia ser essa facilitação. Não é, contudo, o caso.

Lembre-se, pois, as palavras - já anteriormente destacadas, mas agora importantes ao deslinde da questão - do ministro Marco Aurélio no já referido julgamento conjunto das ADIs:

Cooperação mundial? Assustou-me a evocação da cooperação mundial, porque escancarou, a mais não poder, que os dados recebidos são utilizados nessa mesma cooperação. O que fazemos, no Supremo, quando determinamos quebra de sigilo? Embora o processo seja público, mandamos envelopar os elementos alusivos à quebra. Mas a Receita quer os dados, sigilosos por mandamento maior, o decorrente da Carta, para adentrar o campo da cooperação mundial! Busquemos a transparência, mas sem atropelos, porque não se avança culturalmente dessa forma. A cooperação internacional deve ser harmônica com o arcabouço normativo pátrio, sem o que não pode ser implementada.

De fato, parece perigosamente contraditório que uma das razões argumentadas para a permissão de quebra de sigilo realizada diretamente pelo Fisco seja a confidencialidade que permanecerá com o sigilo fiscal quando, ao mesmo tempo, um dos motivos invocados para a mesma quebra de sigilo é a utilização de dados em cooperação internacional.

Mais do que isso, contudo, há de se enfrentar o problema do fundamento. Ainda que seja importante, desejável e útil a cooperação entre os países no combate aos diversos crimes, permanece a questão de prever o artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001 que seja o sigilo bancário quebrado diretamente pela autoridade fazendária, sem autorização do Poder Judiciário, atentando contra a intimidade e a vida privada do contribuinte e malferindo proteção constitucional que garante a inviolabilidade dos dados.

Assim, mesmo que se mostrasse imprescindível ao combate aos crimes em âmbito internacional o compartilhamento de informações entre os diversos países do mundo, ainda haveria de se preservar a ordem interna brasileira e assegurar que a quebra de sigilo se desse em termos respeitosos à Constituição Federal e aos direitos individuais. Não ocorrendo nesses termos a quebra de sigilo, vale a conclusão de Roque Antônio Carrazza (2012, p. 550):

Enfim, deploramos que o sigilo bancário não esteja sendo considerado uma garantia fundamental do contribuinte, mas um estorvo a ser a todo custo afastado. Poucos parecem lembrar-se de que, para tanto, teria que haver verdadeira “novação da Constituição”, por meio de outra Assembleia Nacional Constituinte, dotada de poderes para, se necessário, anular cláusulas pétreas.

Dessa maneira, permanece a incompatibilidade entre a lei complementar discutida e a Constituição. Uma vez que o texto constitucional elenca os fundamentos do sigilo bancário como direitos fundamentais, parece errado imaginar que sua relativização possa ocorrer sem a participação do Poder Judiciário. Mais errado ainda, contudo, parece ser facultar à Administração Tributária, parte diretamente envolvida na relação e precisamente a mais interessada no acesso aos dados sigilosos, a quebra do sigilo. Motivo pelo qual se critica a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal.

4.4.2 Fiscalização tributária e acesso aos dados bancários

Um dos argumentos de sustentáculo da declarada constitucionalidade dos dispositivos da Lei Complementar nº 105/2001 contestados pelas várias ADIs é o de que a permissão trazida pela lei ao Fisco significaria importante avanço nos meios de consecução de sua atividade fiscalizatória. Este raciocínio pode ser, inclusive, facilmente extraído dos votos dos ministros que se postaram a favor da constitucionalidade, como bem exemplifica o trecho abaixo coletado do voto do Ministro Dias Toffoli:

Em síntese, tenho que o que fez a LC 105/2001 foi possibilitar o acesso de dados bancários pelo Fisco, para identificação, com maior precisão, por meio de legítima atividade fiscalizatória, do patrimônio, dos rendimentos e das atividades econômicas

do contribuinte, sem permitir, contudo, a divulgação dessas informações, resguardando-se a intimidade e a vida privada do correntista.

Chegou a argumentar também o ministro que a lei complementar representaria, na verdade, o próprio cumprimento do papel constitucional destinado ao Fisco:

Tenho, por tudo quanto foi exposto, que os arts. 5º e 6º da LC nº 105/2001, além de não violarem qualquer garantia constitucional, representam o próprio cumprimento dos comandos constitucionais direcionados ao Fisco, bem como dos comandos dirigidos aos cidadãos, na relação tributária que os une.

Do exposto coleta-se que os ministros do Supremo Tribunal Federal, por maioria, interpretaram a Lei Complementar nº 105 como mecanismo de consagração da atividade fiscalizatória da Fazenda, possibilitando meio de investigação capaz de assegurar o cumprimento de sua obrigação.

A situação, contudo, não parece ser tão clara. O Ministro Celso de Mello, por exemplo, trouxe importante opinião contrária no mesmo julgamento ao afirmar que:

Na realidade, a circunstância de a administração estatal achar-se investida de poderes excepcionais que lhe permitem exercer a fiscalização em sede tributária não a exonera do dever de observar, para efeito do correto desempenho de tais prerrogativas, os limites impostos pela Constituição e pelas leis da República, sob pena de os órgãos governamentais incidirem em frontal desrespeito às garantias constitucionalmente asseguradas aos cidadãos em geral e aos contribuintes, em particular.

A esse respeito, vale lembrar a disciplina do art. 144 da CRFB/88, que declara: que é facultado à administração tributária “identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”.

É exatamente no respeito aos direitos individuais do contribuinte que se fundamenta a crítica registrada pelo Ministro Celso de Mello, e são precisamente os direitos fundamentais que são afetados com a permissão concedida ao Fisco pela legislação complementar julgada constitucional.

Isso porque por mais que represente meio inegável de acréscimo às já bastantes faculdades de que dispõe o Fisco em sua tarefa de fiscalização, nenhum benefício oriundo deste acréscimo pode, de acordo com a Constituição Federal, significar desrespeito aos direitos individuais consagrados.

Como visto, o sigilo bancário retira fundamento do direito à privacidade, à intimidade e do sigilo de dados garantidos pela Constituição Federal no artigo 5º, incisos X e XII. Por contar com proteção constitucional, entendia a doutrina – e continua com este entendimento boa parte dela, o que não pode ser afastado com a decisão do Supremo Tribunal Fede-

ral – pela necessidade de ordem judicial proferida por órgão distante da relação e, por isso, mais capacitado a decidir com imparcialidade.

Vale lembrar as palavras do Ministro Marco Aurélio, no julgamento conjunto das ADIs:

Mas o legislador constituinte, ao cogitar da inviolabilidade do sigilo de correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações, abriu exceção, que, pelo visto, não é tão exceção assim, ao prever que esse sigilo poderia ser afastado por parte integrante de relação jurídica? Afastado pela feitura de justiça pelas próprias mãos? Não, Presidente. Poderia o sigilo ser afastado, como pode ser afastado – e, muitas vezes, o é – por ordem judicial, a pressupor a atuação de órgão equidistante quanto ao conflito de interesses, que deverá atentar para outra regra constitucional, a versar que as decisões judiciais devem ser fundamentadas.

O órgão equidistante mencionado pelo ministro não poderia, sob pena de se incorrer em absurdo, ser a própria Administração Tributária. É o Judiciário, no caso, portanto, o órgão mais pronto a atuar da forma mais imparcial possível na feitura da justiça. Do Judiciário, por conseguinte, deve advir a ordem que determine o afastamento do sigilo, e não de parte integrante da relação e diretamente interessada no acesso amplo e irrestrito a todos os dados possíveis da vida do contribuinte.

Há de se considerar, ainda, outro efeito da permissão concedida ao Fisco que talvez passe despercebido por uma defesa mais presa à abstração do interesse público, conforme lembra o professor Hugo de Brito Machado Segundo (2015, p. 70):

A outra falácia [...] consiste em associar a defesa do direito ao sigilo à defesa da prática impune de irregularidades. Parte-se da premissa, obviamente falsa, de que irregularidades são praticadas apenas pelos indivíduos fiscalizados, nunca pelas autoridades fiscalizadoras.

De fato, a fundamentação da constitucionalidade pela possibilidade concedida ao fisco de melhor atuar em seu dever de fiscalização e coibir a prática de impunidades leva à errônea conclusão de que a argumentação pela inconstitucionalidade surgiria como meio de se defender a prática de irregularidades sem meio adequado de punição.

A esse respeito, registre-se a reflexão de Roberto Duque Estrada (2016, p. 3):

A orientação dominante no STF parte de uma premissa — a nosso ver falha — de que Estado e contribuinte estariam em um mesmo plano na relação jurídico-obrigacional, donde confluiriam os deveres do contribuinte (o dever fundamental de pagar tributos) e os deveres do Fisco (o dever de bem tributar e fiscalizar). [...] Se o exame dos dados bancários dos contribuintes é um meio de prova necessário para a demonstração do fato gerador, deveria o Fisco requisitá-lo diretamente ao particular e, em caso de resistência, poderia obtê-lo por meio da intervenção judicial. Intervenção judicial essa que, nas palavras do ministro Celso de Mello, “desempenha importantíssimo papel da defesa e amparo dos direitos das pessoas, notadamente quando postas em situação de antagonismo em suas desiguais relações com a potestade do Estado”.

O que se sustenta é que, ainda que se admita que o acesso aos dados bancários possa beneficiar a fiscalização e torná-la mais eficiente, isso não pode fundamentar a constitucionalidade de tal acesso porquanto restam feridos, de forma inconciliável, direitos individuais como a intimidade e a inviolabilidade de dados.

Conforme James Marins (2016, p. 235)

Em primeiro momento, deve-se ter em mente que o dever de investigação jungido à atividade da Administração tributária, aliado ao dever de colaboração que norteia a relação entre Administração e cidadão, não admite invasão no campo das garantias individuais (vide item 6, supra, e Capítulo 5, subitens 5.e e 5.f), máxime, se tal ingerência implique supressão dessas garantias.

A par do que dispõe o art. 197 do Código Tributário Nacional, generalizando o dever de colaboração com a Administração tributária em sua atividade investigante, não se pode conceber a análise da abrangência deste dever fiscalizatório sem ter o norte das garantias individuais do cidadão como referência, aliás, tal ideia não descarta dos preceitos contidos na própria Lei Fundamental.

Trata-se, portanto, de se respeitar os limites estabelecidos na própria Constituição para a atuação fiscalizatória da Administração Tributária. Não se admite que, sob o disfarce do fortalecimento dos meios de investigação importantes à consagração do interesse público, seja possível simplesmente ignorar as garantias e os direitos individuais.

Vale a citação a outra importante passagem do voto do Ministro Celso de Mello ao comentar o argumento da transferência de sigilo e os efeitos do acesso do Fisco aos dados bancários sem a necessidade de atuação do Poder Judiciário:

Sustenta-se que o litígio constitucional em questão não envolve quebra do sigilo bancário, mas, sim, mera transferência de dados sigilosos ou simples compartilhamento de informações reservadas existentes sobre os contribuintes e as pessoas em geral nas instituições financeiras. Vejo, nessa alegação, um claro eufemismo que mal consegue disfarçar uma situação de evidente inconstitucionalidade que afeta a pretensão do Estado de manter, por deliberação própria e sem controle jurisdicional prévio, uma contínua fiscalização do Poder sobre os sujeitos passivos da relação jurídico-tributária.

À mesma conclusão chega Marina Coelho Araújo (2016, p. 2):

Francamente, e com o devido respeito, a fundamentação é absolutamente retórica, utilitarista, e violadora das normas constitucionais de proteção da esfera privada do indivíduo. Isto porque o Fisco é parte de ações futuras contra o contribuinte, e pode, com as informações entregues pelas instituições financeiras, desfrutar de posição privilegiada e acessar toda a vida do cidadão. A fiscalização passa a ser, na prática, ininterrupta.

Assim ocorre porque, ao se retirar a necessidade de órgão imparcial que autorize a quebra de sigilo, pode a Administração Tributária ter acesso aos dados sem o controle jurisdicional prévio. O acesso à intimidade, outrora somente possível com a atuação do Judiciário, fica liberado, condicionado à própria atuação da Administração Pública. Mais do que isso, o

apelo ao judiciário, uma vez efetuada a quebra de sigilo e liberado o acesso, pode ser tardio e, por este motivo, ineficaz.

4.4.3 Justiça Fiscal e o princípio da capacidade contributiva

Outro ponto recorrente nas argumentações e exposições que conduziram ao reconhecimento da constitucionalidade do artigo 6º e outros dispositivos da Lei Complementar nº 105 é o de que estaria reforçada na lei a capacidade de realização de mais justiça, vez que o acesso aos dados bancários permitiria a concretização da Justiça Fiscal na atividade tributária pelo atendimento ao princípio da capacidade contributiva.

Sobre capacidade contributiva, esta é definida por Ricardo Lobo Torres (2011, p. 92) nos seguintes termos:

A capacidade contributiva se subordina à ideia de justiça distributiva. Manda que cada qual pague o imposto de acordo com a sua riqueza, atribuindo conteúdo ao vetusto critério de que a justiça consiste em dar a cada um o que é seu (*sum cuique tribuere*) e que se tornou uma das "regras de ouro" para se obter a verdadeira justiça distributiva. Existe igualdade no tributar cada qual de acordo com a sua capacidade contributiva, mas essa tributação produz resultados desiguais por se desigualarem as capacidades contributivas individuais. Capacidade contributiva é capacidade econômica do contribuinte, como, aliás, prefere a CF/88, mantendo a tradição da CF/46 e coincidindo, também, com a da Espanha. É capacidade de pagar (*ability to pay*) como dizem os povos de língua inglesa. Significa que cada um deve contribuir na proporção de suas rendas e haveres, independentemente de sua eventual disponibilidade financeira.

Em resumo, atender à capacidade contributiva de cada contribuinte quer dizer tributar cada contribuinte de acordo com a sua capacidade de contribuição. A justiça fiscal seria alcançada, portanto, com a maior adequação entre a capacidade de contribuição de cada pessoa e o que dela é devidamente tributado, de modo que se tribute mais de quem é mais capaz de contribuir e menos de quem é menos.

Trata-se, decerto, de ideia muito justa, mormente em consideração à solidariedade existente no sistema tributário brasileiro. A utilização da busca pela justiça fiscal e a observância da capacidade contributiva como fundamentos de constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001, nesse sentido, têm, de fato, sentido prático. Não é absurdo imaginar que, com mais possibilidades de acesso aos dados bancários dos contribuintes, possa o Fisco realizar de maneira mais justa a tributação, inclusive comparando as informações obtidas com as informações declaradas pelos contribuintes.

Não se trata, contudo, de questão tão simples. Sobre a capacidade contributiva, vale lembrar o alerta de Hugo de Brito Machado (2010, p. 51):

[...] Os princípios constitucionais em geral são limitações ao Poder. No que diz respeito à tributação os princípios constitucionais são limitações ao poder de tributar. Assim, tanto quanto o princípio da legalidade, o princípio da capacidade contributiva deve ser visto como um limite ao arbítrio dos governantes. Não como um pretexto para sua ampliação.

Importante a consideração especialmente em razão do ocorrido no julgamento conjunto das ADIs, conforme visto. É que, no caso, o princípio da capacidade contributiva foi elencado como fundamento para a constitucionalidade dos dispositivos contestados da Lei Complementar nº 105/2001, especialmente o artigo 6º. Argumenta-se que, a fim de atingir a justiça fiscal pautada na capacidade contributiva, justifica-se o acesso aos dados dos contribuintes pelas autoridades fazendárias sem necessidade de ordem judicial, o que, sem dúvidas, representa maior relativização do sigilo bancário. Assim, aumenta-se o poder do Fisco e diminui-se o campo de intimidade dos contribuintes inicialmente inacessível ao Poder Público.

Realmente, por mais nobre e justo que seja a valorização do princípio da capacidade contributiva e a valorização de uma Justiça Fiscal, parece o argumento padecer de um problema recorrente. Por mais que se queira – e este é um desejo de quase todos – uma administração tributária mais eficiente, capaz de atender aos princípios constitucionais de manutenção do Estado Fiscal para a consecução dos objetivos da República, não é qualquer instrumento para esse fim utilizado que é válido.

De fato, todas as boas intenções e todos os auspiciosos resultados não são capazes de afastar o fato de que o desrespeito à intimidade e à vida privada do contribuinte tem maléficis efeitos e abre espaço a potenciais abusos.

Mais a esse respeito informa Roque Antônio Carrazza (2012, p. 456):

[...] por meio da análise e divulgação dos dados bancários, deixa-se ao desabrigo a intimidade da pessoa; fica fácil saber quais suas preferências políticas (v.g., na hipótese de ter feito uma doação de campanha a um partido), qual sua religião (pelo eventual donativo que fez a uma Igreja), com quem se relaciona, quais suas diversões habituais, que ligares frequenta, se está passando por dificuldades financeiras (comprováveis por constantes saldos bancários negativos) etc.

Irrelevante, diga-se – ao menos para o fim de verificação de rompimento do segredo -, que se argumente que os dados permanecerão sob a guarda do sigilo fiscal. Por tudo o que já foi aqui exposto, resta claro que a proteção aos dados da vida privada é – ou era – também oponível ao Poder Público, que, na verdade, historicamente se porta como maior violador da intimidade dos governados.

Destaque-se, ainda, que por mais augusta que possa parecer a busca pela Justiça Fiscal, aparentemente pautada em boa vontade e em realização dos fins do Estado Social, a

realidade prática nem sempre se submete facilmente à certeza que a boa vontade requer. Conforme leciona Hugo de Brito Machado Segundo (2015, p. 71):

A movimentação bancária certamente pode representar indício de capacidade contributiva. Uma pessoa física que em suas declarações afirma receber rendimentos anuais equivalentes a “x”, mas movimenta, no mesmo período, “10x”, possivelmente possui capacidade contributiva superior àquela pela qual está sendo tributada. Pode ter omitido rendimentos em sua declaração. Não se pode dizer, porém, que os “10x” movimentados sejam, todos, rendimentos tributáveis a serem onerados pelo IRPF. É comum contribuintes sacarem valores, utilizarem-nos parcialmente e depositarem o restante novamente na mesma conta; transferirem valores de uma conta para outra; sacarem valores para realizar um negócio qualquer, o qual posteriormente não é concretizado, com o retorno integral dos valores para a conta correspondente etc. Esses fatos podem justificar, no todo ou em parte, a movimentação bancária não declarada, razão pela qual a fiscalização não pode simplesmente considerar cada depósito bancário como “rendimento”, para fins de cobrança do imposto de renda. É necessário comprovar que o depósito declarado realmente equivale a um rendimento omitido na respectiva declaração.

A esse respeito, também é interessante destacar outra questão. Em 2015, o Supremo Tribunal Federal reconheceu repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 855.649/RS, que discute a incidência do Imposto de Renda sobre depósitos bancários quando não têm estes origem comprovada. O caso a ser julgado refere-se à decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que reconheceu a constitucionalidade do art. 42 da Lei nº 9.430/96, cujo caput trouxe a seguinte redação:

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

O lançamento realizado com base em depósitos bancários que, conforme demonstrado, muitas vezes não necessariamente significam rendimentos tributáveis, é prova contundente da necessidade de maior ponderação ao se determinar a quebra de sigilo bancário. Uma vez que a realidade demonstra que o acesso aos depósitos bancários pela Administração Tributária significa a possibilidade de lançamento sem maiores considerações à comprovação de rendimento tributável - fato cuja gravidade o reconhecimento da repercussão geral bem sugere - difícil não ponderar, no mínimo, a necessidade de atuação de órgão distante à relação a fim de se proceder à quebra do sigilo bancário.

Tem-se do exposto, pois, que mesmo o acesso aos dados bancários, com informações de depósitos, saques e movimentações, não é sempre capaz de atestar a verdade dos fatos. A fim de verdadeiramente descobrir todos os rendimentos tributáveis, necessária seria uma intervenção muito mais acentuada na vida privada, típica de regimes ditatoriais. Espera-

se, contudo, que isso não sirva de motivação para maiores restrições a direitos e liberdades individuais.

Por fim, o que se depreende de toda a argumentação favorável à constitucionalidade da lei e que acabou prevalecendo no Supremo Tribunal Federal, é que não há, ainda, enfrentamento correto a questões fundamentais que envolvem o sigilo bancário e a sua quebra. Conforme Lindenmeyer Vidal Gandra da Silva Martins e Soraya David Monteiro Locatelli (2013, p. 1206):

Por óbvio, se o direito de fiscalização atribuído à autoridade tributária está restrito aos direitos individuais do contribuinte, não pode esta promover a quebra do sigilo bancário sem prévia autorização do Judiciário, sob pena de ferir não só o devido processo legal, como o princípio da separação dos poderes, instrumento de controle dos excessos inerentes a todos os órgãos estatais.

Ademais, a possibilidade de quebra do sigilo bancário pelo Executivo sem passar pelo crivo do Judiciário atribui ao agente fiscal evidente poder desmedido e arbitrário, em afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade protegidos pelo Texto Supremo, pois confere a um órgão parcial, leia-se, à autoridade fazendária, os mesmos poderes atribuídos ao Poder Judiciário, que, ao contrário, por ser técnico e neutro, é capaz de discernir, com eficiência e imparcialidade, o sonegador do bom contribuinte, protegendo este último do previsível arbítrio fiscal

E é isto que mesmo o reconhecimento da constitucionalidade do artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001 não foi capaz de negar. Não se discute a possibilidade de quebra do sigilo bancário, pois a respeito disso não há discussão a merecer destaque. O que não se pode aceitar é que tal quebra de sigilo seja realizada pela parte diretamente interessada no acesso aos dados protegidos, vez que isso atenta contra a separação de poderes ao usurpar função do judiciário e trata como prescindíveis as disposições constitucionais relativas aos direitos fundamentais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como dito na introdução a este trabalho, o objetivo inicial da pesquisa aqui proposta foi o de delimitar um campo de discussão a respeito da questão do sigilo bancário, elencando os termos de seu conceito, fundamentos, análise histórica e a configuração de sua tratativa na ordem jurídica brasileira. A importância das considerações iniciais reside no confronto posteriormente realizado entre os conceitos básicos relativos ao sigilo bancário e as principais mudanças ocorridas nos últimos tempos importantes ao assunto, a se destacar a edição da Lei Complementar nº 105/2001 e o recente reconhecimento por parte do Supremo Tribunal Federal da constitucionalidade do artigo 6º e de outros dispositivos da referida lei.

Pelo exposto no trabalho, algumas considerações finais merecem ser externadas. Principalmente, há de se dizer que a Lei Complementar nº 105/2001 trouxe significativas e importantes mudanças, pelo que resta plenamente justificado o fervoroso debate que se deu e ainda tem lugar em sua análise. Em segundo lugar, vale mencionar que a decisão do Supremo Tribunal Federal pela constitucionalidade do artigo 6º merece, mormente em razão de seus conhecidos efeitos, críticas.

Isto porque mais do que simplesmente optar por alguma corrente ou algum posicionamento em detrimento de outro igualmente razoável, verificou-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal esquivou-se da análise de contrapontos necessários e justos, assumindo argumentação amparada em conceitos e objetos já bastante contestados pela doutrina especializada.

A começar, vê-se que a constatação de que o sigilo bancário não é um direito absoluto não serve para justificar a sua quebra diretamente pela Administração Tributária. Trata-se de fato incontroverso pela maior parte da doutrina e cujos efeitos, por si, não ocasionam a possibilidade de quebra de sigilo sem a autorização do Poder Judiciário. A refutação ao posicionamento anteriormente predominante de necessidade de atuação do Judiciário a fim de se proceder à quebra de sigilo merece contraponto mais apropriado. De fato, não é porque antes se considerava o sigilo bancário absoluto que se defendia a sua quebra somente em ocasião de ordem emanada de juiz. O fato de não ser o sigilo absoluto é o que possibilita a sua quebra, mesmo quando tal quebra somente tinha lugar após ordem do Poder Judiciário ou de Comissão Parlamentar de Inquérito.

Outro fator de argumentação que pesou na decisão do Supremo Tribunal Federal e que é igualmente atacado, com merecimento, pela doutrina, é o de a quebra de sigilo autorizada pela Lei Complementar nº 105/2001 não significar propriamente uma quebra de sigilo, mas

sim uma transferência entre os bancos e o Fisco, onde as informações permaneceriam protegidas por sigilo, doravante fiscal.

Como visto, não cabe invocar uma suposta transferência de sigilo porque, a despeito de existir o sigilo fiscal a ser observado após a obtenção das informações sigilosas pelo fisco, o segredo decorrente do sigilo bancário tem razão histórica e conceitual como mecanismo de proteção contra os arbítrios do Poder Público. Dessa forma, mesmo que a Administração Tributária seja, por lei, forçada a manter segredo das informações derivadas de sua atividade de investigação com a quebra de sigilo, não é o segredo a ser mantido capaz de justificar a quebra de sigilo sem a interferência do Poder Judiciário.

A razão de exigência de autorização do Judiciário a fim de possibilitar a quebra de sigilo é eminentemente constitucional. Isso porque o sigilo bancário encontra fundamento, como exposto, em dispositivos constitucionais protetores da intimidade, da vida privada e do sigilo de dados, devendo a sua relativização obedecer, igualmente, a critérios estabelecidos pela Constituição, como o devido processo legal e a separação de poderes.

Em defesa da constitucionalidade do artigo 6º da LC 105/2001 e dos demais dispositivos contestados, tal qual o art. 5º, acordou o Supremo Tribunal Federal, por maioria, que a concessão dos poderes de acesso aos dados sigilosos pelo Fisco serviria à necessidade de atendimento ao interesse público constante no aprimoramento das capacidades fiscalizatórias da administração no combate à sonegação e de diversos outros crimes, além de significar a possibilidade de concretização da justiça fiscal pela consagração do princípio da capacidade contributiva.

Os argumentos do STF, conforme explanado, não são capazes, contudo, de refutar a necessidade de atuação do Poder Judiciário na quebra de sigilo bancário como defendida pela doutrina. De fato, não são argumentos que servem de contraponto à reserva de jurisdição, mas apenas elencam possíveis resultados positivos da concessão de mais poderes fiscalizatórios ao Fisco.

Ocorre que mesmo esses resultados não são certos. Como visto, não necessariamente pelo acesso às informações de movimentação bancária é possível conhecer os fatos da vida passíveis de tributação, de forma que mesmo a quebra contínua de sigilo não seria capaz de elucidar totalmente os fatos tributáveis. Além disso, como uma das justificativas para o reconhecimento da constitucionalidade da lei foi o compartilhamento entre os países de informações capazes de combater os crimes em escala internacional, mesmo a argumentação que pregou a manutenção do segredo pelo sigilo fiscal parece padecer de vícios.

Não se nega, assim, a importância dos objetivos que serviram de ponto principal à consideração da constitucionalidade do artigo 6º da LC 105/2001. Não obstante, permanece a questão de necessidade de órgão fora da relação entre Fisco e contribuinte que possa autorizar a quebra do sigilo bancário, direito fundamentado na proteção constitucional à intimidade, à vida privada e ao sigilo de dados.

A última consideração a ser feita neste trabalho, portanto, invoca mais uma vez que a decisão do STF pela constitucionalidade do artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001 merece muitas críticas. Mesmo com o Supremo tendo a palavra final a respeito da constitucionalidade de qualquer dispositivo, isso não o isenta de reprimenda. O que o artigo 6º da Lei Complementar nº 105 autorizou foi, sim, a quebra de sigilo bancário realizada de forma direta pela autoridade tributária. Pela proteção constitucional concedida ao sigilo bancário, seria necessária ordem jurisdicional emanada de órgão distante da relação entre o Fisco e o contribuinte a fim de se afastar o sigilo dos dados. Revela-se, assim, a imprescindibilidade de novo tratamento jurídico ao tema, de forma a afastar a permissão concedida ao Fisco e condicionar a quebra de sigilo bancário à atuação do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Nelson. **Direito Bancário**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ARAÚJO, Marina Coelho. **Quebra de sigilo: entre retórica e racionalidade jurídica**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-11/quebra-sigilo-entre-retorica-racionalidade-juridica>>. Acesso em: 10 nov. 2016.
- BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 10. ed. rev. e atualizada por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- BARRENI, Smith. GRILLO, Fabio Artigas; DA SILVA, Roque Sérgio D'Andrea Ribeiro (orgs.). **Código Tributário Nacional Anotado**. Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Paraná: Paraná, 2014.
- BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BOUCINHAS FILHO. Jorge Cavalcanti. **O sigilo bancário como corolário do direito à intimidade**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6988/o-sigilo-bancario-como-corolario-do-direito-a-intimidade>>. Acesso em: 10 nov. 2016.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 nov. 2016.
- . Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. Código Comercial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm>. Acesso em: 10 nov. 2016.
- . Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm>. Acesso em: 10 nov. 2016.
- . Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 10 nov. 2016.
- . Lei nº 8.021, de 12 de abril de 1990. Dispõe sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8021.htm>. Acesso em: 10 nov. 2016.
- . Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996. Institui a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9311.htm>. Acesso em: 10 nov. 2016.

- . Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9430.htm>. Acesso em: 30 nov. 2016.
- . Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991. Institui contribuição para financiamento da Seguridade Social, eleva a alíquota da contribuição social sobre o lucro das instituições financeiras e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp70.htm>. Acesso em: 10 nov. 2016.
- . Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Acesso em: 30 nov. 2016.
- . Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp105.htm>. Acesso em: 10 nov. 2016.
- . Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 160.646/SP. Impetrante: José Luis Mendes de Oliveira Lima. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, DF, 01 de setembro de 2011. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 19 set. 2011. Disponível em: <www.stj.jus.br/>. Acesso em: 10 nov. 2016.
- . Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 113.466-5/SP. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Miriam Leila Durval Vasconcellos. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 25 de novembro de 2009. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 18 dez. 2009. Disponível em: <www.stj.jus.br/>. Acesso em: 10 nov. 2016.
- . Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar nº 33/PR. Requerente: GVA INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A. Requerido: União. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 24 de novembro de 2010. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 10 fev. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br/>. Acesso em: 10 nov. 2016.
- . Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2859/DF. Requerente: Partido Trabalhista Brasileiro. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 24 de janeiro de 2016. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 21 out. 2016. Disponível em: <www.stf.jus.br/>. Acesso em: 10 nov. 2016.
- . Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 986-9. Requerente: Governo da Bolívia. Extraditando: John Axel Rivero Antero. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 15 de agosto de 2007. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 05 out. 2007. Disponível em: <www.stf.jus.br/>. Acesso em: 30 nov. 2016.
- . Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.801/DF. Impetrante: Banco Central do Brasil. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Menezes Direito. Brasília, DF, 17 de dezembro de 2007. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 14 mar. 2008. Disponível em: <www.stf.jus.br/>. Acesso em: 10 nov. 2016.
- . Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.452-1/RJ. Impetrante: Luiz Carlos Barreti Junior. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito. Re-

lator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 16 de setembro de 1999. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 12 maio 2000. Disponível em: < www.stf.jus.br/>. Acesso em: 10 nov. 2016.

———. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.454-7/DF. Impetrante: Nicolau dos Santos Neto. Impetrados: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito do Senado Federal, Presidente do Banco Central do Brasil, União Federal. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, DF, 03 de junho de 1999. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 11 jun. 1999. Disponível em: < www.stf.jus.br/>. Acesso em: 10 nov. 2016.

———. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 215.301/CE. Reclamante: Ministério Público Federal. Reclamado: José Carlos Aguilar. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 13 de abril de 1999. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 28 maio 1999. Disponível em: < www.stf.jus.br/>. Acesso em: 10 nov. 2016.

———. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 318.136/RJ. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: UNIBANCO - União de Bancos Brasileira S/A. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 12 de setembro de 2006. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 06 out. 2006. Disponível em: < www.stf.jus.br/>. Acesso em: 10 nov. 2016.

———. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 389.808/PR. Reclamante: G.V.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A. Reclamado: União. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 15 de dezembro de 2010. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 10 maio 2011. Disponível em: < www.stf.jus.br/>. Acesso em: 10 nov. 2016.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. v 1. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARRAZZA, Antônio Roque. **Curso de direito tributário constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CASTRO, Aldemario Araujo. **A constitucionalidade da transferência do sigilo bancário para o fisco preconizada pela lei complementar nº 105/2001**. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4694>. Acesso em: 10 nov. 2016

CAVALCANTE, Denise Lucena. **Sigilo bancário e o devido processo legal**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/892385>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

CAVALCANTE, Marcos Torres. **O Direito ao Sigilo Bancário e sua relativização frente à Administração Tributária Brasileira**. 2006. 143 f. Dissertação (Mestrado em Direito – Fundamentos Constitucionais do Direito). Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito, Maceió, 2006.

CHAMMAS, Rubens Nora. **Sigilo Bancário e Justiça Fiscal**. 2006. 280 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 2006.

CORREIA NETO, Celso de Barros. **O que resta do sigilo bancário após a decisão do Supremo?**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-12/observatorio-constitucional-resta-sigilo-bancario-decisao-supremo>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 17 ed. Salvador: Juspodivum, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v. 1. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ESTRADA, Roberto Duque. **Quebra de sigilo bancário põe em risco segurança dos contribuintes**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-09/consultor-tributario-quebra-sigilo-bancario-poe-risco-seguranca-contribuintes>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: o Direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, nº 1, Revista dos Tribunais. São Paulo, p. 141-154, 1992.

FERREIRA MENDES, Gilmar; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. Editora: Saraiva, 2012.

HUNGRIA, Néelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. v. 6. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

JARDIM, Leidiane Mara Meira. **O Devido Processo Legal no Direito Administrativo Brasileiro**. Disponível em: <www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-administrativo/10265>. Acesso em: 10 nov. 2016.

LEAL, Augusto Cesar de Carvalho. **Sigilo Bancário e Administração Tributária Brasileira**. Brasília-DF: Advocacia-Geral da União, 2013.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

———. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. v.1. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo Tributário**. 8º ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. **Dois Estudos de Processo: a garantia do sigilo bancário em face da instrução processual penal / Da justa causa para a ação penal nos crimes contra a ordem tributário**. Fortaleza: UFC / Casa de José de Alencar, 2002.

MARINS, James. **Direito Processual Tributário brasileiro: (administrativo e judicial)**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Inconstitucionalidades da Lei Complementar nº 105/2001**. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, v.4, n.11, p. 31-38, jan./mar. 2001.

MARTINS, Lindenmeyer Vidal Gandra da Silva; LOCATELLI, Soraya David Monteiro. **Comentários à Lei Complementar n. 105/2001**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). Curso de Direito Tributário. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

NETO, Tourinho. **O Sigilo Bancário**. Disponível em: <<http://www.ibadpp.com.br/wp-content/uploads/2013/02/sigilobancario.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

PAULSEN, Leandro. Curso de Direito Tributário Completo. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

QUEIROZ, Mary Elbe Gomes. **A inexistência de sigilo bancário para o fisco**. Disponível em: <<http://www.ibet.com.br/a-inexistencia-de-sigilo-bancario-para-o-fisco-por-mary-elbe-gomes-queiroz/>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

QUEZADO, Paulo; LIMA, Rogério. **Sigilo bancário**. Dialética, 2002.

ROQUE, Maria José Lima. **Sigilo Bancário e Direito à Intimidade**. Disponível em: <[ww.agu.gov.br/page/download/index/id/889852](http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/889852)>. Acesso em: 10 nov. 2016.

SABBAG, Eduardo de Moraes. **Manual de direito tributário**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. **"A quebra do sigilo bancário e o Fisco"**. Ciclo de Palestras Jurídicas. Brasília: UNIBANCO/FEBRABAN, 2001.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TELLES JR, Goffredo. **Iniciação na ciência do direito**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Processo justo e contraditório dinâmico**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito v. 2, n. 1, p. 64-71, 2010. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/4776>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

WALD, Arnaldo. **O sigilo bancário no projeto de lei complementar de Reforma do Sistema Financeiro e na lei complementar n. 70**. Revista de informação legislativa, v. 29, n. 116, p. 233-252, 1992.