



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**BACHARELADO EM DIREITO**

**UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA  
INSTRUÇÃO NORMATIVA RFB Nº 802/07**

Diego Guedêlha Carlos

Fortaleza/CE  
2008

**DIEGO GUEDÊLHA CARLOS**

**UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A  
CONSTITUCIONALIDADE DA INSTRUÇÃO NORMATIVA  
RFB N° 802/07**

**Monografia apresentada à Faculdade  
de Direito da Universidade Federal do  
Ceará como um dos requisitos para a  
obtenção do grau de bacharel em  
Direito nas áreas de Direito Tributário  
e Direito Constitucional.**

**Orientador: Prof. Francisco de Araújo  
Macêdo Filho**

**FORTALEZA/CE  
2008**

**DIEGO GUEDÊLHA CARLOS**

**Monografia apresentada como um dos requisitos para a obtenção do grau de bacharel em Direito Tributário e Constitucional à comissão julgadora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.**

**Aprovada em 19/06/2008**

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof. Francisco de Araújo Macêdo Filho**

---

**Prof. José Erinaldo Dantas Filho**

---

**Bel. Fabio Hiluy Moreira**

Dedico este trabalho monográfico a todos aqueles que, com bondade e pureza, lutam incansavelmente pelo ideal de justiça.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à minha mãe, pela incansável devoção e dedicação, e, sobretudo, por todo o amor que me reserva.

Ao meu pai, por todo o incentivo e a confiança.

A minha avó, pelos grandiosos ensinamentos repassados durante toda minha existência.

A toda minha família, por terem sido, um a um, bastante influentes e decisivos no desenvolvimento de minha personalidade.

Aos amigos, ligados ao Direito ou não, por constituírem um suporte de alegria, confiança e saúde à minha vida.

A todos aqueles profissionais que, direta ou indiretamente, tenham influído para o meu desenvolvimento no âmbito do Direito.

À banca examinadora desta monografia, que, apesar de os considerar já incluídos nas duas referências acima, confesso terem sido extremamente importantes em minha vida, por serem retrato evidente da conjunção entre o bom caráter e o êxito profissional.

## RESUMO

O trabalho monográfico é desenvolvido com foco nas disposições da Instrução Normativa RFB nº 802/07, editada em face da extinção da CPMF, e a sua nítida relação com o sigilo bancário e com os direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal. Será exposta também a questão do sigilo bancário, do qual será analisado o conceito, a natureza jurídica, bem como o tratamento dado pelo Direito Estrangeiro e pelo ordenamento brasileiro, em conformidade com as determinações constitucionais. O principal tema a ser abordado será a legitimidade da Instrução Normativa RFB nº 802/07, com destaque especial às suas repercussões práticas e jurídicas, bem como a sua eventual afronta ao texto constitucional.

Palavras-chave: Constitucional. Tributário. Sigilo Bancário. Instrução Normativa nº 802/07. Secretaria da Receita Federal do Brasil.

# SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
1 BREVE ANÁLISE SOBRE A CPMF E A SUA EXTINÇÃO.....	10
1.1 Histórico.....	10
1.2 Os reflexos do fim da CPMF – O “pacote fiscal” e a IN 802/07.....	11
2 A INSTRUÇÃO NORMATIVA 802/07.....	14
3. O SIGILO BANCÁRIO.....	18
3.1 Conceito.....	20
3.2 O sigilo bancário no Direito Estrangeiro.....	22
3.2.1 Modelo anglo-saxão.....	22
3.2.2 Modelo continental europeu.....	22
3.2.2.1 Portugal.....	23
3.2.2.2 Alemanha.....	25
3.2.2.3 Itália.....	27
3.2.2.4 França.....	27
3.2.3 Modelo suíço.....	28
3.2.3.1 Suíça.....	28
3.2.3.2 Líbano.....	29
3.3 Natureza jurídica.....	30
3.3.1 Teoria Contratualista.....	30
3.3.2 Teoria Consuetudinária.....	31
3.3.3 Teoria do direito à boa-fé.....	32
3.3.4 Teoria do sigilo profissional.....	32
3.3.5 Teoria do direito à intimidade dos bancos.....	33
3.3.6 Teoria da complexidade do vínculo.....	34
3.3.7 Teoria do direito à privacidade.....	34
3.4 O sigilo bancário no âmbito do ordenamento brasileiro.....	35
4 UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA INSTRUÇÃO NORMATIVA RFB nº 802/07.....	41
4.1 Constitucionalidade.....	42
4.2 Inconstitucionalidade.....	47
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	54
REFERÊNCIAS.....	56

## INTRODUÇÃO

O Estado, no exercício de sua soberania, utiliza-se do poder de tributar com o escopo de obter os recursos financeiros necessários à consecução de suas propostas e diretrizes políticas.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a tributação trata-se da relação jurídica desenvolvida entre o Estado e o particular, com vistas à consagração do interesse público. Desse modo, encontra-se regida pela Constituição Federal, cujos princípios correspondem a premissas elementares no ordenamento jurídico brasileiro, instituídos com a finalidade primordial de resguardar os cidadãos contra os arbítrios do Poder.

Ocorre que, por diversas vezes na história do Brasil, os representantes do Governo costumam extrapolar os limites de suas competências, chancelando atos que violam flagrantemente o comando constitucional, de modo a mitigar a incidência daqueles princípios para atender aos interesses políticos em questão.

O exemplo mais recente de tal afronta ocorreu no fim de 2007, ocasião em que o Governo Federal, a despeito de ter sinalizado em sentido contrário, houve por bem adotar uma série de medidas para compensar a não-prorrogação da CPMF pelo Senado, fato este que representou, numericamente, uma perda de 40 bilhões de reais no orçamento da União.

Dentre essas medidas, podemos destacar, em síntese, a elevação do IOF em 0,38% para pessoa física e jurídica, incidente sobre prestações de câmbio, seguros, empréstimos e financiamentos da casa própria, nos moldes do Decreto 6.339/08, bem como o aumento da alíquota da CSLL de 9% a 15% para o setor financeiro, inserida pela Medida Provisória nº 413/08.

Ademais, houve também a edição da Instrução Normativa 802/07, que obriga os bancos a prestarem as informações dos correntistas que movimentarem, semestralmente, quantia superior a cinco mil reais, se pessoa física, e dez mil reais, se pessoa jurídica.



Esta última medida, em especial, gerou uma intensa polêmica no universo jurídico, vez que as suas disposições supostamente malferem o direito ao sigilo bancário assegurado constitucionalmente aos cidadãos brasileiros.

A dúvida em torno dessa questão se deve, principalmente, ao fato de que as exigências procedimentais da mencionada Instrução Normativa baseiam-se exclusivamente no critério financeiro, levando à investigação todos os contribuintes que movimentarem a referida quantia.

Outro ponto que merece destaque é o de que a IN 802/07 não prevê a necessidade de qualquer procedimento administrativo ou judicial para que sejam apresentados os dados financeiros daqueles correntistas, devendo tais informações serem repassadas diretamente à Receita Federal. Nesse aspecto, critica-se, notadamente, a ofensa ao princípio do devido processo legal, bem como ao sigilo bancário propriamente dito, que, conforme entendimento dos Tribunais pátrios, somente poderá ser quebrado em situações excepcionais, para atender às questões de ordem pública.

Diante disso, acreditamos ser de extrema relevância um estudo mais aprofundado acerca do tema, como uma tentativa de depurar a problemática envolvida em relação à IN 802/07, para, só então, obter respostas concretas quanto à legalidade da citada medida.

Para tanto, faremos uma abordagem segmentada dos assuntos, tratando, em um primeiro momento, dos reflexos da extinção da CPMF, para, posteriormente, adentrar nas disposições da IN 802/07. Discorreremos, ainda, sobre o sigilo bancário, destacando suas principais características, sob o ponto de vista da doutrina e jurisprudência dominante.

Assim é que, finalmente, poderemos promover uma discussão mais fundamentada acerca da validade e constitucionalidade da IN 802/07, trazendo à baila tanto o posicionamento dos que defendem quanto dos que se opõem a sua implementação, o que, certamente, contribuirá para o desenvolvimento de uma possível conclusão sobre a questão em voga.

# 1. BREVE ANÁLISE SOBRE A CPMF E SUA EXTINÇÃO

## 1.1 Histórico

A Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira, comumente conhecida como CPMF ou “imposto do cheque”, tratava-se de tributo cuja cobrança era incidente sobre todas as movimentações bancárias, à exceção das negociações de ações na Bolsa de Valores, saques de aposentadorias, seguro-desemprego, salários e, também, transferências entre contas-corrente da mesma titularidade.

Aprovada em 1993, passou a vigorar no ano seguinte, ainda com o nome de Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras. Entretanto, no fim de 1994, conforme era previsto, ela foi extinta, voltando a ser objeto de discussão apenas em 1996, ocasião em que o Governo Federal buscava novas fontes de recursos, cuja destinação seria, em especial, a área da saúde pública.

Nesse sentido, com a aprovação da Emenda Constitucional nº 12, em 16 de agosto de 1996, foi incluído o art. 74 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, por meio do qual foi outorgada competência à União Federal para instituir a referida contribuição.

Destarte, com o advento da Lei nº 9.311/96, a CPMF foi efetivamente criada, considerando como movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira qualquer operação liquidada ou lançamento realizado pelas entidades listadas no rol do seu art. 2º, que representem circulação escritural ou física de moeda e de que resulte ou não transferência de titularidade dos mesmos valores, créditos e direitos. Ela passou a vigorar em 1997, com a incidência da alíquota de 0,2% sobre as aludidas operações.

No ano de 1999, foi prorrogada até 2002, e a alíquota foi elevada para 0,38%. Em 2002, por seu turno, ela foi novamente prorrogada. Em 2004, por força da Emenda Constitucional nº 42, decidiu-se que a CPMF valeria até o fim do ano de 2007.

No entanto, na madrugada do dia 13 de dezembro de 2007, por 45 votos a 34, foi derrotada no Senado Federal a Proposta de Emenda à Constituição de nº 89/2007, cujo propósito era manter a cobrança da mencionada exação até o término de 2011. Com este resultado, a vinculação da alíquota de 0,38% sobre as transações bancárias em geral deixaria de ser efetuada a partir do primeiro dia do exercício de 2008.

Dada a importância em torno do assunto, torna-se óbvio ponderar sobre a polêmica do procedimento de votação, que atingiu todas as camadas da sociedade, onde uns pugnavam ardorosamente pela prorrogação da CPMF e outros a combatiam com todo vigor, gerando, assim, uma intensa especulação do ponto de vista político, principalmente.

Isso porque, além do aspecto jurídico inerente à validade da CPMF enquanto tributo, a permanência dessa exação refletia também o enorme conflito de interesses existente entre aqueles que disputavam o Poder, em virtude da sua representatividade no orçamento da União, que atingia a ordem de 40 bilhões de reais.

Ademais, havia também por parte da população um grande anseio no deslinde dessa questão, que poderia ser apontada como o “início” de uma eventual reforma no sistema tributário brasileiro, por meio da qual os contribuintes seriam gradualmente desonerados da elevada carga tributária a que se encontram sujeitos.

## **1.2 Os reflexos do fim da CPMF – O “Pacote Fiscal” e a Instrução Normativa RFB nº 802/07**

A extinção da CPMF, apesar de ter sido vista primeiramente como uma solução inicial para o alívio da carga tributária brasileira, acabou se tornando o cenário ideal para a implementação de outras propostas por parte do Governo, que serviram, do ponto de vista crítico, como uma espécie de retaliação contra aqueles que apregoaram a não-prorrogação da mencionada contribuição.

Entretanto, frise-se, o maior e único prejudicado nesse contexto foi o cidadão contribuinte, que, novamente, assistiu atônito aos arbítrios, rejeições e excessos dos representantes governamentais na incessante luta pelo Poder.

Quanto às medidas adotadas pelo Governo Federal para “compensar” a não-prorrogação da CPMF, podemos destacar, resumidamente, a elevação do IOF em 0,38% para pessoa física e jurídica, incidente sobre prestações de câmbio, seguros, empréstimos e financiamentos da casa própria, nos moldes do Decreto 6.339/08, com o que se pretendia incrementar em 8 bilhões de reais o Tesouro Nacional no ano de 2008.

Nessa providência, em específico, o destacado caráter de retaliação restou bastante evidente, tendo, inclusive, o Ilustre Ministro da Fazenda Guido Mantega se pronunciado no sentido de que se tratava meramente de uma mudança de nome dos impostos, de CPMF para IOF. *“O que o governo fez foi trocar seis por meia dúzia”*<sup>1</sup>, afirmou.

A segunda proposição decorrente da extinção da CPMF foi o aumento da alíquota da CSLL de 9% a 15% para o setor financeiro, inserida pela Medida Provisória nº 413/08. Essa, por sua vez, foi respaldada na constatação de que a lucratividade do setor bancário foi aproximadamente 90% superior no exercício de 2007, em relação ao ano de 2006, o que permitia a tais instituições uma maior contribuição sem que, no entanto, a sustentabilidade e a solidez de seus negócios fosse afetada.

Por último, e não menos importante, foi a edição da Instrução Normativa 802/07, por meio da qual os bancos se encontram obrigados a liberar as operações financeiras dos clientes que movimentassem, semestralmente, quantia superior a 5 mil reais, se pessoa física, e 10 mil reais, se pessoa jurídica.

Observe-se que as duas primeiras providências apontadas atendem essencialmente ao propósito fiscal, por meio do qual o Estado visa suprir ao menos parte dos 40 bilhões de reais “perdidos” pela arrecadação com o fim da CPMF, enquanto a última das propostas, por seu turno, detém caráter notadamente extrafiscal, uma vez que o seu mister é a obtenção das informações financeiras dos correntistas que movimentarem determinada

---

<sup>1</sup> [http://www.estadao.com.br/nacional/not\\_nac103512,0.htm](http://www.estadao.com.br/nacional/not_nac103512,0.htm)

quantia global no semestre, de forma a possibilitar ao Fisco o cruzamento dos dados obtidos com a Declaração de Imposto de Renda, e, assim, supostamente evitar a nefasta prática da evasão fiscal.

Todas essas medidas, apresentadas após a extinção da CPMF, possuem, em tese, um notório caráter social, vez que a sua viabilização obedece à consecução das diretrizes estatais. Sob este aspecto, acredito não poderem ser alvo de críticas ferrenhas. O que merece ser criticado, em verdade, é o *modus operandi*, ou seja, a forma como são inseridas no ordenamento jurídico, além, obviamente, da falta de correspondência entre os seus fundamentos e a sua execução.

Isso porque, infelizmente, a adoção das referidas medidas não introduz, na prática, a melhoria a que são destinadas, devido à má utilização das verbas públicas, o que dá ensejo à não observância da contrapartida referente à arrecadação. Nesse diapasão, o que se verifica é um aumento na prestação do cidadão, sem que este, no entanto, possa desfrutar qualitativamente dos serviços públicos essenciais, como a saúde, a educação, a moradia, o lazer, dentre outros.

## 2. A INSTRUÇÃO NORMATIVA 802/07

Em 27 de dezembro de 2007, foi publicada no Diário Oficial a Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal do Brasil IN/RFB nº 802, a qual continha a determinação de que as instituições financeiras prestassem informações sobre a movimentação de todos os seus correntistas para o Fisco Federal.

Nesse sentido, a citada norma complementar previu o repasse de tais informações quando o montante semestral movimentado seja superior a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para pessoas físicas, e R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para pessoas jurídicas.

Assim, vejamos o que preceitua a mencionada Instrução Normativa, em todos os seus termos:

“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.

Art. 3º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 2008.

JORGE ANTONIO DEHER RACHID”

Ocorre que a imposição de medida desta natureza trouxe ao complexo jurídico um importante questionamento quanto a sua constitucionalidade, uma vez que a sua viabilização certamente ofenderia o direito ao sigilo dos dados de cada contribuinte, ao qual a Lei Maior confere proteção no âmbito das garantias fundamentais.

Ademais, o outro aspecto controvertido nesta Instrução Normativa é a prescindibilidade de autorização judicial para a liberação de tais informações, tendo em vista que o procedimento é realizado diretamente entre a instituição bancária e a Receita Federal. Esse assunto, inclusive, já havia sido objeto de forte discussão quando da edição da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, que previu a possibilidade de apresentação pelos bancos dos dados relativos à CPMF, depois de instaurado o procedimento administrativo-fiscal, porém nunca antes disso.

Além disso, em virtude do disposto no artigo 6º da já citada lei, expediu o Poder Executivo Federal o Decreto nº 3.724/01, cuja atribuição foi de regulamentar o artigo 6º, relativamente à requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal e seus agentes, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a ela equiparadas, determinando que, para a "quebra" do sigilo bancário, duas condições são indispensáveis, quais sejam, procedimento de fiscalização em curso e indispensabilidade da violação de dados.

De outra parte, o procedimento de fiscalização somente teria início em face de ordem expressa constante em Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), expedido por Auditor da Receita Federal, ressalvados apenas os casos de flagrante constatação da prática de infração

à legislação tributária que viessem a colocar em risco os interesses da Fazenda Nacional, os quais estariam, pela natureza excepcional, isentos de tal condição.

Destarte, percebemos que tal prática, devidamente formalizada, atendeu de forma satisfatória aos anseios do Estado em evitar a sonegação e a evasão fiscal, sem, no entanto, “devassar” a vida pessoal de todos os correntistas que apenas movimentarem a quantia necessária à caracterização da hipótese de incidência da norma contida na IN 802/07.

Isso porque o que vemos, com a Instrução Normativa 802/07, é uma generalização na concessão das informações dos correntistas, sejam eles sonegadores ou não, sem a exigência de qualquer procedimento legal para a sua realização, gerando, assim, uma grande controvérsia quanto a sua validade, em face da exacerbação do poder fiscalizatório do Estado.

Ora, é bem verdade que o Fisco deve utilizar dos instrumentos necessários à consecução de suas propostas, especialmente no que concerne à tributação, contudo a tais poderes devem e são impostos limites, todos previstos na Constituição Federal, pelo que se pode, ao menos em tese, resguardar o cidadão dos arbítrios governamentais.

Sobre este ângulo, repise-se o entendimento já consolidado pelo Supremo Tribunal Federal<sup>2</sup>, que consagrou a limitação da atuação dos órgãos fazendários no cumprimento desse mister. Nesse passo, vejamos:

“Veja-se que nem sequer ao fisco, a quem incumbe prevenir a sonegação de impostos, notadamente os que recaem sobre rendimentos auferidos pelos contribuintes, outorgou a Constituição o poder de devassa das contas bancárias, havendo, ao revés, no art. 145, § 1º, da CF, ao facultar-lhe o poder de identificar o patrimônio, os rendimentos e atividades econômicas do contribuinte, consignado a ressalva – “respeitados os direitos individuais --, cláusula que vale pela indicação de que o poder investigatório, próprio, do fisco, encontra limite na intimidade, na vida privada, na casa, na correspondência e nas comunicações em geral, mesmo de dados, valores que se encontram ao abrigo da garantia constitucional da inviolabilidade. (...) Assim, se antes da Constituição de 1988 havia dúvidas sobre se a quebra do sigilo, nos casos dos parágrafos do art. 38 da Lei nº 4.595/64, exigia decisão em processo judicial, ou, se, ao revés, bastava a instauração de processo administrativo, v.g., de natureza fiscal, para obrigar a instituição financeira a prestar informações sobre conta de determinado correntista, essa dúvida não subsiste diante do dispositivo retro-mencionado, onde foram ressalvados os

---

<sup>2</sup> MS n. 21.729-4/DF. Voto Ministro Ilmar Galvão.



direitos individuais, que, no caso, correspondem aos dos referidos incs. X, XII e XIV do art. 5º da CF”.

Traçadas, então, as considerações essenciais quanto às peculiaridades da Instrução Normativa 802/07, passemos, por ora, a expor o sigilo bancário em todos os seus aspectos, sob a ótica da doutrina e jurisprudência dominante, para, assim, poder melhor discutir sobre a validade da citada legislação complementar, levando em conta também o conflito de interesses surgido entre o Estado, que pretende aumentar o seu poder fiscalizatório, e os contribuintes, que almejam contê-lo.

### 3. O SIGILO BANCÁRIO

Ao longo do curso da história, não só os bancos, mas instituições financeiras em geral vêm exercendo papel cada vez mais importante na organização das sociedades, tendo em vista que, com o amplo crescimento da população e das relações comerciais, evidencia-se a premente necessidade de o homem melhor organizar e estabelecer as atividades de circulação e intermediação das riquezas.

Nesse diapasão, pode-se afirmar que é inimaginável o bom funcionamento de uma comunidade sem a presença de uma instituição financeira promovendo, intermediando e fomentando as atividades mercantis.

Se, em tempos idos, apenas a parcela detentora de riqueza da população precisava entrar em um estabelecimento bancário para pedir um empréstimo, descontar uma letra ou depositar valores, nos dias atuais constituem raríssimas exceções os que conseguem desenvolver suas atividades ou mesmo se organizar pessoalmente sem se relacionar direta ou indiretamente com esse tipo de instituição.

A respeito, cumpre salientar a valiosa lição Sérgio Carlos Covello<sup>3</sup>, que sabiamente pontua:

“Tanto recorrem aos bancos o comerciante e o industrial, como o profissional liberal, o funcionário público, o pequeno assalariado, o estudante e, mesmo, a dona de casa. Uns em busca de grandes capitais com que incrementar seu ramo de negócio, outros à cata de pequenos empréstimos para a aquisição de bens de consumo, outros em busca de conta corrente sobre a qual possam sacar seus cheques; outros ainda, para simplesmente efetuar o pagamento de um título ou de uma conta, - o fato é que todos, de uma forma ou de outra, entram em contato com a empresa bancária.”

---

<sup>3</sup> O Sigilo Bancário como Proteção à Intimidade. RT n° 648, outubro de 1989. p. 27.

Desse modo, com o próprio desenvolver das atividades bancárias, adveio a questão do sigilo, como aspecto decorrente do dever de a instituição financeira manter em segredo as minúcias relativas às operações de seus clientes, reflexo da visão sustentada pelas idéias liberais, as quais, preconizando acima de tudo a livre iniciativa nas operações envolvendo os particulares e as instituições financeiras, dependeriam desse mecanismo como condição mínima da manutenção de suas atividades-fim com seus clientes.

Nesse sentido, imperioso destacar a lição de Arnaldo Wald<sup>4</sup>, *verbis*:

“(...) historicamente o sigilo bancário tornou-se uma condição ‘sine qua non’ da própria existência dos bancos e do exercício de suas funções... sendo sua existência indispensável para a manutenção e o desenvolvimento do sistema bancário. Chegou-se até a afirmar que o sigilo bancário constitui as pilastras do crédito e a garantia de uma economia sadia”.

Da mesma forma consignou o Prof. Álvaro Melo Filho<sup>5</sup>, quando mencionou que:

“A necessidade de “discreción bancaria” justifica-se mais por razões de interesse público do que privado, conquanto a obrigação de sigilo não só reforça a confiança da clientela nas instituições financeiras, como também assegura uma afluência vigorosa de capitais e um volume substancial de negócios que, na ausência do sigilo, tomariam o caminho rumo a países em que o sigilo bancário esteja garantido e juridicamente protegido”

Entretanto, o referido entendimento já restou superado, não mais se admitindo conceber o sigilo bancário apenas como um requisito da atividade bancária para a captação de clientes. Isso porque, com o desenvolvimento dos estudos sobre os direitos fundamentais e a positivação de sua proteção em quase todos os ordenamentos jurídicos do mundo, o direito ao segredo passou a ser, sobretudo, uma garantia dada ao cidadão de não ter a sua vida devassada.

Isso porque, nos dizeres do ilustre Celso Ribeiro de Bastos<sup>6</sup>, ***“a vida do homem pode ser escrita a partir de seu talão de cheques e, nas sociedades mais avançadas, dos cartões de crédito e magnéticos”***.

---

<sup>4</sup> O sigilo bancário no projeto de lei complementar nº 70. In: Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas. São Paulo: RT, nº 1, p. 1999.

<sup>5</sup> “Dimensões jurídicas do sigilo bancário”, Fundação Raul Barbosa, 1984.

<sup>6</sup> As tendências do direito público no limiar de um novo milênio. Saraiva. Pág.386.

Nesse sentido, há de se concluir que a garantia do sigilo bancário representa todo um complexo jurídico indissociável, por meio do qual se procede à preservação do direito do cliente à privacidade de seus dados, bem como à estabilidade e segurança das relações desenvolvidas pelas instituições financeiras, o que, conjuntamente, ultrapassa a fronteira específica entre banco e cliente, para resguardar a idoneidade de todo o sistema de crédito.

Daí infere-se a importância do sigilo bancário, brilhantemente observada pelo eminente Nelson Hungria, in “Comentários ao Código Penal, vol. 6, pág. 271, *verbis*:

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

Destarte, passaremos agora a analisar os aspectos centrais desse instituto, fazendo em um primeiro momento, a análise do seu conceito, passando, em seguida, a fazer um estudo sobre o Direito Comparado, a fim de melhor depurar a problemática existente em torno de sua aplicação e extensão no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, para, em momento adequado, discutirmos acerca da sua relação com a Instrução Normativa 802/07 da Receita Federal do Brasil.

### **3.1 Conceito**

Com base na breve explanação introdutória, faz-se possível uma observação fundamental para a correta conceituação do instituto em exame: o de que ele não representa o mesmo para o indivíduo e para o banco, tendo em vista que, para aquele, trata-se de um direito, enquanto que para este, de uma obrigação.

Entretanto, no âmbito doutrinário, não se chegou, até então, a uma posição uniforme quanto à conceituação dessa entidade jurídica.

Eivany Siva<sup>7</sup>, dando especial ênfase ao assunto, pondera que *"o sigilo bancário é espécie do gênero 'sigilo de dados', constituindo em um direito fundamental, protegido constitucionalmente, inserto que está no rol dos direitos e garantias individuais, ou seja, em "cláusulas pétreas" da Carta Magna, não podendo portanto, ser modificado nem mesmo por Emenda à Constituição e, portanto, muito menos, por legislação de hierarquia inferior"*.

Já Arnold Wald<sup>8</sup>, por seu turno, o *"sigilo bancário se enquadra no conceito mais amplo do segredo profissional, que tem merecido uma proteção mais ampla, ensejando sua violação caracterização como crime (art. 154 do Código Penal)"*.

Complementando tais definições, o respeitado jurista pátrio Sérgio Carlos Covello<sup>9</sup> delimita uma conceituação própria, por meio da qual entende que o sigilo bancário se constitui na *"obrigação que têm os bancos de não revelar, salvo justa causa, as informações que venham a obter em virtude de sua atividade profissional"*.

Observe-se que a partir deste conceito, podemos destacar três aspectos primordiais, quais sejam: a utilização do vocábulo "obrigação" no lugar de "dever", por ter o primeiro sentido técnico-jurídico mais preciso de relação de crédito que envolve um dar, fazer ou não fazer alguma coisa; a relatividade do sigilo bancário demonstrada na expressão "justa causa", que conforme será visto adiante, poderá dar ensejo à decretação da quebra do segredo; e a expressão "que venham a obter em virtude de sua atividade profissional", pelo que se considera não atinente apenas às informações concernentes aos clientes, mas à sociedade de uma forma geral.

Nesse diapasão, podemos sustentadamente concluir que o sigilo bancário encontra fundamento jurídico em três pilares essenciais: a) proteção à intimidade, garantia individual erigida no art. 5º, inc. X, da Constituição Federal; b) segredo profissional, inerente à própria natureza jurídica da relação constituída entre o banco e o cliente; c) segurança da atividade bancária no âmbito da sociedade.

---

<sup>7</sup> Considerações a Respeito do Sigilo de Dados . Revista Dialética de Direito Tributário, n. 61. p. 41-42.

<sup>8</sup> O Sigilo Bancário no Projeto de Lei Complementar n. 70. Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, n. 1, p. 196-209.

<sup>9</sup> "O Sigilo Bancário", Livraria Editora Universitária de Direito, São Paulo, 1991, pg. 69.

## 3.2 O sigilo bancário no Direito Estrangeiro

Com a modernização e popularização da atividade bancária, como já visto anteriormente, o sigilo bancário passou a ser regulamentado em praticamente todos os ordenamentos jurídicos do mundo, cada qual atendendo de forma específica as suas necessidades. Desse modo, podemos dividi-los didaticamente em três grupos principais, que revelam características semelhantes entre si. São eles o modelo anglo-saxão, o continental europeu e o suíço. Analisemos detidamente cada um deles.

### 3.2.1 Modelo anglo-saxão

No que pertine ao modelo anglo-saxão, tem-se que sua principal característica reside em não velar pelo sigilo quanto às operações efetuadas pelos clientes com o banco, de modo que tais dados, disponíveis, possam servir de instrumento de referência pessoal, facilitando a realização de diversos negócios.

Entretanto, em face da evolução do sigilo bancário, tal disponibilidade vem se relativizando, como forma de assegurar o mínimo de resguardo à personalidade do cliente bancário.

Analisando mais detalhadamente cada um dos sistemas que integram esse modelo anglo-saxão, Arnoldo Wald<sup>10</sup> assim se manifestou:

“No direito inglês não há nenhuma norma escrita que estabelece sanção à violação do segredo bancário, mas qualquer pessoa que queira trabalhar em uma instituição financeira deve assinar um formulário especial pelo qual se compromete a manter sigilo sobre as movimentações bancárias. O dever de segredo na atuação do banco é interpretado rigorosamente pelos tribunais ingleses. No sistema jurídico norte-americano, depois da discrepância nas legislações estaduais e após lei federal que restringiu o âmbito da obrigatoriedade do sigilo bancário, foi aprovado a Right to Financial Privacy Act, que dispõe que a prestação de informações por parte da instituição financeira somente pode ser dada em processos administrativos ou judiciais, quando os dados forem relevantes para solucionar o litígio. Com essa lei a quebra do sigilo bancário ganhou um caráter excepcional, somente podendo ocorrer desde que respeitado o devido processo legal. Assim o direito americano buscou conciliar a defesa ao direito de privacidade e o atendimento aos interesses públicos quanto às informações financeiras e a existência do contraditório.”

---

<sup>10</sup> Sigilo Bancário e os Direitos Fundamentais. *Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, n. 22, p. 24-25, 1998.

Conforme visto, pode-se concluir que no sistema anglo-saxão, já existe, ainda que prematura, a valorização à noção de sigilo bancário. Este, contudo, ainda não se encontra devidamente normatizado, de modo tal que o seu resguardo é decorrência, essencialmente, dos costumes e da interpretação jurisprudencial dada à questão.

Nessa linha, apesar de no modelo anglo-saxão não haver uma vasta legislação específica sobre o segredo das operações bancárias, sua importância é igualmente salientada, para que represente garantia estatal assegurada aos cidadãos.

### 3.2.2 Modelo continental europeu

Adotado na maioria dos países, esse modelo não apresenta uniformidade, em virtude de cada ordenamento ajustá-lo de acordo com sua demanda. Sua principal característica é o forte reconhecimento da necessidade de proteção jurídica ao segredo, seja por intermédio de lei ou por tradição costumeira, não apenas na esfera cível como também na penal, uma vez que a maioria dos países comina sanções dessa natureza para aqueles que violarem sua obrigação de discrição.

#### 3.2.2.1 Portugal

No âmbito do Direito Português, atualmente a doutrina considera que a tutela do segredo bancário encontra-se altamente desenvolvida, observando alguns que o padrão protetor possui características mais amplas até do que o sistema vigente na Suíça, tido como o país que mais resguardava o sigilo nas operações financeiras.

Tal entendimento decorre da interpretação dada ao Decreto-Lei nº 2/78, ato normativo que rege a questão do sigilo bancário em Portugal.

A intenção do legislador, ao elaborar norma de tamanha relevância e expressividade, foi a de imprimir confiança no funcionamento das instituições de crédito, para que estas se firmem como veículos aptos e necessários à captação da poupança.

Corroborando o posicionamento acima expandido, observe-se a valiosa lição esposada pela jurista lusa Alexandra Falque de Gouvêa<sup>11</sup>, *verbis*:

"A tutela do segredo bancário surgiu em Portugal conjunturalmente associada aos esforços de reanimação das instituições de crédito como fonte de captação da poupança. Por esse facto, foi-lhe dado um regime mais protector do que o próprio regime vigente na Suíça, campeã em matéria de protecção do segredo bancário"

E reforça sua tese, asseverando que:

"É testemunha de que esse reforço da confiança nas instituições de crédito foi de facto o objectivo do legislador ao aprovar o normativo que disciplina o sigilo bancário, a letra do preâmbulo do Decreto-Lei ns 2/78, de 9 de Janeiro, que contém o enquadramento legal da matéria, o qual reza o seguinte: "Ponderando que a reconstrução do País implica o estabelecimento de um clima de confiança na banca que permita a captação e recuperação do dinheiro entesourado, vem o Governo revelando preocupações pela tutela do segredo bancário". No mesmo sentido, a letra do preâmbulo do Despacho Normativo nº 357/79, de 20 de Novembro: "A importância do segredo bancário é bem conhecida para a estabilização, normalidade de funcionamento e transmissão de uma imagem de confiança por parte de qualquer sistema bancário". Nesta medida, com a legislação então aprovada, o regime português na matéria afastou-se quer do sistema da 'COMMON LAW, de responsabilidade (exclusivamente) civil do banqueiro por violação do dever de discrição bancária, quer da generalidade dos sistemas europeus, que integram a matéria no regime geral do sigilo profissional (equiparando o banqueiro ao confidente necessário), aproximando-se mais dos sistemas praticados na Suíça e no Líbano (todavia, enquanto no Líbano há uma total imunidade das instituições de crédito às requisições da autoridade judiciária, na Suíça o princípio é o da cooperação com a função judiciária no tocante à matéria penal).

(...)

Pela razão apontada de ser essencialmente o interesse público e colectivo o motivo determinante da aprovação do Decreto-Lei ns 2/78, o regime português gizado nessa altura começou por ser ainda mais hermético do que o próprio regime vigente na Suíça, na medida em que o dever de cooperação com as autoridades judiciárias cessa inclusivamente nas matérias sujeitas a segredo bancário, segundo o entendimento generalizado dos Tribunais e doutrina. Paradoxalmente, a disciplina jurídica não encontrou, de início, reflexo na materialidade dos factos, tendo-se assistido a múltiplas e impunes violações do segredo bancário".

No mesmo diapasão destacamos as conclusões do respeitado jurista pátrio Arnold Wald<sup>12</sup>, que, analisando o sigilo bancário no ordenamento jurídico de Portugal, consigna que:

---

<sup>11</sup> Perspectivas de Reformulação da Tutela do Seguro Bancário no Direito Português. *Revista do Gabinete de Documentação e Direito Comparado, da Procuradoria-Geral da República*. Lisboa: 1990. p. 9-22.



"O Código Civil português, no seu art. 80, dispõe que: "Todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem. A extensão da reserva será definida conforme a natureza do caso e as condições das pessoas". O art. 33 da Constituição portuguesa de 1976 estabelece que: 1) A todos é reconhecido o direito à identidade pessoal, ao bom nome e reputação e à reserva da intimidade da vida privada e familiar. 2) A lei estabelecerá garantias efectivas contra a utilização abusiva, ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias".

Desse modo, infere-se que tanto na ordem constitucional quanto na legislação civil, o ordenamento jurídico português confere e assegura o direito à privacidade e à vida íntima, preceitos genéricos do sigilo bancário. Não obstante, no Decreto-Lei nº 2/78, dispositivo normatizador do assunto, encontramos igualmente previsão expressa nesse sentido, em virtude da atribuição, aos titulares dos órgãos bancários e seus trabalhadores, o dever de manter em segredo as informações obtidas no exercício das atividades.

Entretanto, assim como ocorre no próprio ordenamento brasileiro, observamos que normas de caráter infraconstitucional já buscam inserir um abrandamento no tratamento dessas relações, possibilitando ao Fisco a obtenção dos dados bancários sem a outorga judicial.

Nesse diapasão, destaque-se a Lei nº 30-G, aprovada em 29 de dezembro de 2000, intitulada por "Lei da Reforma de Tributação do Rendimento", dispositivo legal em que há menção expressa a tal possibilidade, com o fito de otimizar a arrecadação tributária, fazendo-se respeitado, no entanto, o direito de defesa, inclusive pela via judicial, e a demonstração justificada da necessidade na conferência direta pelo Fisco daquelas informações, assemelhando-se, nesse ponto, ao regime instituído pela já citada Lei Complementar 105/2001 no âmbito do ordenamento brasileiro.

### 3.2.2.2 Alemanha

De acordo com os ensinamentos de Carlos Alberto Hagstrom<sup>13</sup>, "***na Alemanha não há regra específica nem definição legal para o segredo bancário, mas sua observância é***

---

<sup>12</sup> Sigilo Bancário e os Direitos Fundamentais. *Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, n. 22, p. 24.

<sup>13</sup> "O Sigilo Bancário e o Poder Público", *Revista de Direito Mercantil* n. 79, p. 37.

*observada, reconhecida pelo Direito Privado e pelo Direito Público, admitida em diversas leis, aceita pela doutrina e pela jurisprudência".*

Desse modo, pode-se afirmar que o dever de sigilo na Alemanha decorre de forte tradição, fundada basicamente em três vertentes: no direito costumeiro, no vínculo que o contrato de depósito bancário estabelece entre o banco e o cliente e na necessidade de preservação da confiança.

No entanto, o dever legal de manutenção do sigilo bancário encontra-se também expressamente previsto em dispositivos legais, os quais impõem a obrigação de segredo a todos que exercem a função de vigilância e fiscalização do sistema bancário alemão, e cominam sanção para os casos de seu descumprimento, respectivamente.

Assim é que a lei bancária alemã, de 19.07.1961, determina em seu artigo 9º não deverem, os que ocupam o cargo federal de vigilância, divulgar ou utilizar, sem autorização, os fatos de que se tornem conhecedores no exercício de sua atividade e sobre os quais o instituto de crédito ou um terceiro tenha interesse em manter em segredo, principalmente quando se tratar de segredo comercial e industrial, ainda que não se encontre mais em serviço ativo, ou sua atividade tenha terminado.

Além disso, o artigo 55 do mencionado diploma legal comina pena de até um ano de prisão, além de multa pecuniária para os casos de violação, podendo essa ser aumentada em mais um ano se o infrator age no intuito de tirar proveito para si ou para outrem.

Nesse diapasão, imperioso observar que o entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante é de que o dever de sigilo das instituições financeiras consiste em uma das características do contrato bancário, ou em compromisso adicional a que fica vinculado o instituto de crédito, pelo que a sua responsabilidade deve ser verificada tanto no curso quanto após a conclusão da relação contratual.

A esse respeito, vejamos como se manifestou Espriella Ossío, citado por Sérgio Carlos Covello<sup>14</sup>:

---

<sup>14</sup> In "O sigilo bancário", Livraria Editora Universitária de Direito, 1991, p. 34.

“Ademais, excepcionalmente e a requerimento do cliente, intui-se, em forma expressa, uma cláusula adicional no respectivo contrato sobre uma obrigação de reserva bancária que vem a constituir um verdadeiro compromisso adicional, serviço ou condição contemplado no artigo 157 do Código civil alemão. Logicamente a violação por parte do banco não implica maior diferença nas consequências jurídicas, pois a Corte Suprema de Justiça (Bundesgerichtshof) tem dito em repetidas ocasiões que a reserva é um evidente aspecto integral do contrato bancário, como também um claro compromisso adicional, o que, em ambos os casos, a responsabilidade continua ainda depois de concluída a relação contratual.”

Por fim, o respeitado Arnoldo Wald<sup>15</sup> complementa que, no âmbito do ordenamento jurídico alemão, o fundamento do sigilo bancário reside na proteção ao direito de personalidade.

### 3.2.2.3 Itália

A exemplo da Alemanha, o direito italiano não consagrou, de forma expressa, o resguardo ao segredo das operações bancárias. No entanto, doutrina e jurisprudência cuidam de forma satisfatória do assunto, utilizando-se da combinação de preceitos fundamentais existentes no ordenamento jurídico para, assim, conferir a devida proteção ao sigilo bancário. Além disso, muitos consideram que o resguardo desse direito decorre da própria tradição jurídica, herança dos Bancos Medievais.

No entanto, ressalte-se que neste país, igualmente à imensa maioria, ele não compõe direito absoluto, de sorte que poderá ser quebrado com vistas à concretização do interesse público, como bem aponta o ilustre Giacomo Molle<sup>16</sup>:

"L'obbligo della banca al segreto non è senza limiti ed essendo esse, come si è detto, diretto alla tutela del cliente e quindi di un interesse privato, non vi sono limiti ad esso da parte del legislatore. Prescindendo dai casi nei quali la rivelazione sia imposta dalla legge un dovere di comunicazione può sorgere nei confronti della autorità giudiziaria, dei fisco e di terzi"

### 3.2.2.4 França

Em situação praticamente idêntica à Alemanha e Itália encontra-se na nação francesa, vez que em seu ordenamento inexistente norma específica de defesa do sigilo bancário, de modo que a sua proteção é fundada na interpretação e aplicação de um conjunto de regras

---

<sup>15</sup> In Sigilo Bancário e os Direitos Fundamentais. *Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, n. 22, p. 24.

<sup>16</sup> La Banca NeirOrdinamento Giuridico Italiano, Milano - Dott. A Giuffrè Editore, 1980, p. 158.

de ordem penal, civil e comercial, admitindo-se, todavia, a quebra do sigilo para atender à supremacia do interesse público.

### 3.2.3 Modelo Suíço

O modelo suíço, conforme se verá adiante, distingue-se em parte dos ordenamentos já analisados, uma vez que ele possui uma série de peculiaridades, em especial o rigor com que tratam o segredo da atividade bancária, além da própria existência de legislação específica sobre o assunto.

#### 3.2.3.1 Suíça

A Suíça, como é de conhecimento amplo, compõe um dos modelos de sigilo bancário mais herméticos, fechados, ou seja, de intensa proteção a tal direito. Sérgio Carlos Covello<sup>17</sup>, em um brilhante estudo, sugere-nos uma breve explicação sobre o fundamento de toda essa rigidez. Vejamos:

“Na verdade o povo suíço está educado de tal modo, no que tange o respeito à vida privada, que essas normas acabam sendo meramente preventivas, pois a melhor garantia de proteção a esse bem jurídico é a vontade firme de cada indivíduo de respeitar a intimidade alheia e a cada profissional, de não revelar o que fique sabendo em razão do seu ofício.

(...)

Tradicionalmente a Suíça tem sido, por esse espírito de veneração da liberdade, por sua neutralidade política e por sua estabilidade administrativa, uma das nações preferidas pelos refugiados políticos do mundo inteiro, atraindo grandes somas de dinheiro para os cofres de seus estabelecimentos de crédito. País sem preconceitos políticos, acolhe em seu solo pessoas de toda e qualquer convicção. Na época da Revolução Francesa, vários nobres para lá se dirigiram a fim de escaparem à sanha dos revolucionários. No presente século, a Suíça deu abrigo a vários alemães e judeus que, ao se perceberem dos propósitos de Hitler no sentido de suprimir as liberdades civis, para lá se transferiram, levando consigo grandes capitais que foram desaguar nos cofres dos bancos suíços, inspiradores da mais alta confiança, em razão do absoluto sigilo de que se revestem as operações bancárias no país, de sorte que, segundo alguém observou, o sigilo bancário serviu para salvar vidas e proteger a propriedade de muitas pessoas nos tempos modernos.”

No entanto, diferentemente do que se pensa, o sistema suíço não é absoluto quanto à questão do sigilo bancário, motivo pelo qual poderá ser relativizado em favor do interesse

---

<sup>17</sup> In “O sigilo bancário”, Livraria Editora Universitária de Direito, 1991, p. 35-36.

público. Esse é o entendimento esposado por Hangstrom<sup>18</sup>, em artigo publicado na Revista de Direito Mercantil n. 79, p. 39, *verbis*:

“Não pode ser invocado, em geral, perante a justiça penal. Na justiça civil, o juiz tem poder discricionário para decidir sobre a matéria, havendo algumas variações de conformidade com as legislações cantonais. Em procedimentos de taxação e recursos o segredo é preservado, perante o fisco; é afastado, contudo, no procedimento contencioso (penal fiscal). Algumas outras exceções ao dever de segredo são contempladas expressamente em textos legais.”

Ademais, a severidade imposta pelo modelo suíço vem sendo alvo de fortes críticas pelas autoridades internacionais, vez que a sua “neutralidade” quanto às operações bancárias dava margem à realização de crimes como lavagem de dinheiro, evasão de divisas, além do favorecimento indireto de outros ilícitos, motivo pelo qual o Governo suíço houve por bem adotar uma política de cooperação internacional na esfera penal.

Essa medida, a despeito de representar um possível “enfraquecimento” do sistema, em nada o restringe, uma vez que a sua aplicação depende de uma série de requisitos formais e materiais a serem observados pela autoridade suíça competente, além de coadunar perfeitamente com a noção de valoração do interesse público, que, no caso, é o da comunidade internacional.

### 3.2.3.2 Líbano

Antes de 1945, o sigilo bancário no Líbano fundava-se nos usos e costumes, uma vez que inexistia, no país, disposição expressa sobre esse procedimento. Em caso de descumprimento do dever de manter silêncio por parte de funcionário de instituição financeira, aplicavam-se a ele as penas constantes no artigo 579 do Código Penal Libanês, dispositivo que disciplina o sigilo profissional.

Após esse momento, no entanto, o Líbano praticamente copiou o modelo suíço de sistema de contas cifradas e cofres-fortes sob números, de modo tal que o regime libanês passou a ser ainda mais rígido que o suíço, tendo em vista que a novel legislação impôs ainda mais restrições ao dever de segredo, não admitindo, assim, o fornecimento pelo órgão

---

<sup>18</sup> “O Sigilo Bancário e o Poder Público”, Revista de Direito Mercantil n. 79, p. 39.

bancário de informações ao Fisco, nem mesmo em demandas de terceiros, sejam elas de caráter civil ou criminal.

Destarte, afirma Covello<sup>19</sup> que:

“(...) o sigilo bancário nesse país só pode ser limitado em caso de falência, litígio entre o cliente e o banco e pedidos de informações formulados pela Justiça em ações relativas a enriquecimento ilícito. O que nos parece bastante contraditório é o fato de um mesmo regime primar pela proteção total ao segredo e permitir a troca de informações entre os bancos.”

### **3.3. Natureza jurídica**

Embora o assunto já tenha sido objeto de profunda discussão na doutrina, ainda há estudiosos que consideram ser o sigilo bancário de natureza caracterizadamente moral, pautando suas considerações na premissa de que o banco, antes do jurídico, possui o compromisso ético e moral de não revelar os segredos de seus clientes, tanto em defesa dos seus interesses como para salvaguardar sua própria reputação.

Entretanto, essa argumentação não merece guarida, em virtude da simples constatação de que o sigilo bancário encontra-se reconhecidamente presente em todos os ordenamentos jurídicos do mundo, pois mesmo naqueles em que não está efetivamente positivado, ainda assim integra o direito, em razão do reconhecimento dos tribunais, como é o caso da Alemanha, por exemplo.

Ademais, o fato de o segredo constituir um dever moral do banco não descaracteriza o seu caráter jurídico, uma vez que o direito não contrasta com a moral; ao revés, a integra, complementa. Destarte, observemos em separado as teorias que buscaram explicar a natureza jurídica atribuída ao sigilo bancário.

#### **3.3.1 Teoria contratualista**

De acordo com essa teoria, o sigilo bancário decorre da relação contratual voluntariamente formada entre o banco e o cliente, por meio da qual a instituição financeira

---

<sup>19</sup> In “O sigilo bancário”, Livraria Editora Universitária de Direito, 1991, p. 38.

se compromete a guardar segredo das operações que realizar, mesmo que não haja na avença cláusula expressa no contrato prevendo esta obrigação jurídica.

Os defensores desta corrente destacam que a origem dessa responsabilidade assumida pelos bancos remonta à invocação dos usos, dos costumes e da boa-fé utilizados na interpretação dada aos contratos comerciais pelos revogados artigos 130 e 131 do Código Comercial.

Trata-se, portanto, de posicionamento que não coaduna com a realidade jurídica atual, uma vez que o seu fundamento legal sugerido são dispositivos sem qualquer eficácia no ordenamento. Não obstante, essa teoria merece severas críticas, porquanto não consigna, de forma clara, a obrigação de segredo pela instituição bancária, deixando-a, assim, à margem do bom senso, ou seja, dos “bons costumes”.

Em tempos idos, em que não houvesse tantas formas de exposição, nem de possíveis violações ao direito do próximo, talvez essa tese satisfatoriamente à fundamentação do sigilo bancário, que decorreria, como visto, de uma espécie de obrigação moral e ética oriunda do contrato firmado com a instituição financeira.

Nos dias atuais, entretanto, tendo em vista o amplo desenvolvimento tecnológico, principalmente no que pertine ao uso, acesso e troca de informações, lícitas ou não, há a premente necessidade de existir uma previsão legal expressa que assegure ao indivíduo o direito ao sigilo bancário, bem como a outros dados de caráter pessoal, de modo não a negar o dever moral do banco, mas sim a integrá-lo, com a chancela do Direito.

### 3.3.2 Teoria consuetudinária

Os seguidores da teoria consuetudinária, por seu turno, praticamente repetem o que disseram os contratualistas, ou seja, que o sigilo bancário decorre dos compromissos tácitos assumidos entre instituições financeiras e seus clientes, no sentido de não serem levados ao conhecimento de terceiros os valores transacionados.

Essa prática decorre tão simplesmente da prática utilizada ao longo da história dos bancos, em que o elemento confiança passou a ser fator decisivo no exercício de suas atividades, de modo que pelo costume adquiriu representatividade jurídica.

Ocorre que, assim como a contratualista, a teoria consuetudinária não se afigura suficientemente protetora do dever de sigilo bancário, uma vez que as suas determinações são apenas as ratificações do que se via na prática. Assim, não se verifica, nesse sistema, o devido resguardo ao segredo do cliente, tendo em vista que, nos seus termos, pode a instituição financeira violar tal sigilo sem que, no entanto, seja-lhe imposta qualquer penalidade.

Desse modo, representa a teoria consuetudinária uma corrente de pensamento complementar, vez que por meio dela é que se inseriu a noção de que o dever de segredo pelos bancos é, antes de tudo, obrigação de caráter moral, não sendo suficiente, entretanto, à garantia efetiva do sigilo bancário, que deve também decorrer da lei e da jurisprudência.

### 3.3.3 Teoria da boa-fé

Encontra respaldo no fato de o sigilo bancário, por sua própria natureza, estar vinculado ao caráter de fidúcia existente na atividade bancária, fundando-se, portanto, na boa-fé ou dever de lisura que marca este negócio jurídico.

Vista desse modo, pode-se afirmar, à clareza, que se trata tão somente de uma reutilização dos argumentos esboçados pelos contratualistas, uma vez que justifica o dever de segredo a partir da própria natureza do contrato firmado com o banco.

Ademais, pode-se dizer que a boa-fé é princípio norteador do Direito, de sorte que a sua aplicabilidade buscada deve ser máxima, não se restringindo, assim, apenas ao sigilo bancário. Logo, torna-se impraticável atribuí-la integralmente à fundamentação do dever de segredo das instituições de crédito.

### 3.3.4 Teoria do sigilo profissional



Esta teoria concebe o sigilo bancário como uma espécie de sigilo profissional. Mais uma vez, observamos uma reprodução do pensamento contratualista, tendo em vista que se parte da premissa de que a atividade bancária, por si só, deve dar ensejo à proteção das informações financeiras dos clientes, o que é fato notório; contudo, não se vai adiante, ficando, assim, à carência de argumentação lógica e fundamentação legal subsistentes. Nesse diapasão, a ela devem ser apontadas as mesmas críticas outrora expendidas.

### 3.3.5 Teoria do direito à intimidade dos bancos

Os integrantes dessa corrente de pensamento sustentam que a instituição financeira tem legítimo interesse de afastar do conhecimento de terceiros a movimentação financeira dos seus clientes e, conseqüentemente, dos fatos com elas relacionados.

Genericamente, o que se pretende, com esta tese, é perenizar a garantia de fidúcia e de discrição nas atividades bancárias, como forma comercial de o banco poder captar novos clientes.

No entanto, embora tal argumentação seja válida, devemos apontar que ela não pode assumir caráter absoluto, de modo que, à guisa de tais fatores, possa o banco se escusar do fornecimento de informações em quaisquer situações. Isso porque, conforme se verá melhor adiante, há casos em que existe a necessidade premente na obtenção desses dados, com o fim de se estabelecer a justiça e resguardar o interesse público.

Assim, concluímos que o fundamento desta teoria é manifestamente válido, porém deve ser objeto de complementação, sob pena de haver eventual afronta indireta à ordem pública.

Apesar de ser alvo de severas críticas por muitos juristas pátrios, há quem recepcione a teoria do direito à intimidade dos bancos, senão vejamos:

MANDADO DE SEGURANÇA - INFORMAÇÕES DECORRENTES DE QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO – INSTITUIÇÃO BANCÁRIA – LEGITIMIDADE ATIVA – INTERESSE DE AGIR – EXISTÊNCIA – O mandado de segurança consubstancia remédio constitucional destinado a proteger direito líquido e certo contra ato ilegal ou abusivo de poder emanado de autoridade pública. Se o ordenamento jurídico constitucional somente autoriza a quebra judicial do sigilo bancário desde que justificada a necessidade da medida para fins

de investigação criminal, tem interesse de agir a instituição bancária que, ao reputar ilegal a ordem, pretende ver reconhecido perante o Poder Judiciário seu direito líquido e certo em não prestar as informações bancárias solicitadas. (STJ, ROMS nº 9.918/PR, Rel. Ministro Vicente Leal, DJ 30.10.00)

### 3.3.6 Teoria da complexidade do vínculo

Arnold Wald<sup>20</sup>, ao analisar a teoria da complexidade do vínculo, busca explicá-la a partir do pressuposto de que, nas relações jurídicas contratuais, além dos direitos e deveres já consignados expressamente, há a necessidade da observância de obrigações secundárias para ambos os contratantes, em decorrência do princípio da boa-fé, que deve se fazer presente.

Assim, estaria o sigilo bancário incluído não nas disposições contratuais propriamente ditas, mas nesse conjunto de atos que caracteriza a boa-fé, tornando-se, sob este ângulo, um dever acessório na relação jurídica. Vejamos:

"A doutrina moderna abandonou a noção da relação jurídica contratual, defendendo a complexidade do vínculo. Além dos direitos e das obrigações principais, existem deveres secundários para ambos os contratantes que decorrem da regra geral da boa-fé, denominada na doutrina italiana de *correttezza* e na legislação alemã de *Treu und Glauben*. Exige que a atuação de uma parte não cause danos à esfera jurídica da outra. Dentro desta idéia, defende-se que o sigilo bancário é um dever acessório na relação jurídica. Mesmo que não nasça o contrato entre as partes, a boa-fé objetiva impede que a instituição financeira prejudique os interesses do cidadão."

No entanto, o que percebemos, na análise desta teoria, é um nítido resgate da teoria da boa-fé, vista apenas de modo mais detalhado. Destarte, devem ser tecidas as mesmas críticas a respeito da insubsistência dos seus motivos, essencialmente pelo fato de ser a boa-fé um preceito genérico no âmbito do ordenamento, de modo que não pode servir de total fundamento à explicação do sigilo bancário.

### 3.3.7 Teoria do direito à privacidade

Trata-se de doutrina bastante difundida no meio jurídico. Os seus defensores advogam a tese de que o sigilo é corolário do direito à privacidade, o qual, por seu turno, é

---

<sup>20</sup> Sigilo Bancário e os Direitos Fundamentais. *Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, v.6, n.22, jan./mar, 1998, p. 15-18.

parte integrante dos direitos da personalidade. Assim, pode-se afirmar, de acordo com essa corrente, que é o respeito à personalidade, tido como um dos pontos elementares do sistema democrático, que impõe às instituições de crédito o dever de silêncio sobre as operações que intermedeiam.

No âmbito da doutrina brasileira, esse é o posicionamento majoritário, tendo em vista que o nosso ordenamento vigente oferece proteção aos direitos da personalidade, bem como à intimidade e privacidade do indivíduo, estas insculpidas como garantia fundamental, nos moldes do art. 5º, incs. X e XII da Constituição Federal.

No entanto, ao aprofundarmos a análise do tema, deparamo-nos com uma breve dissidência doutrinária no que tange especificamente ao sigilo bancário. Isso porque, enquanto uns o qualificam como integrante da intimidade do indivíduo, estando incluído, portanto, no referido escudo constitucional, outros se posicionam no sentido de lhe imputar natureza relativa, descartando-lhe o caráter de absoluto, indisponível.

Observemos, então, os fundamentos jurídicos de cada uma dessas manifestações de pensamento, com vistas à obtenção de conclusões sobre a natureza jurídica do sigilo bancário no âmbito do ordenamento brasileiro.

### **3.4. O sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro**

A Constituição Federal, em seu art. 5º, incs. X e XII, dispôs 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:

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;"

Tais garantias constitucionais, assim observadas, foram implementadas pelo legislador constituinte com o intuito de resguardar o cidadão contra eventuais investidas de

terceiros, sejam eles pessoas, instituições, ou até mesmo o Estado, na intimidade, privacidade e nos dados sigilosos de cada cidadão.

Compreendem, portanto, preceitos gerais, genéricos, cuja aplicabilidade deve ser observada em face da determinação constitucional.

Nesse sentido, uma grande parte dos estudiosos tem considerado ser o sigilo bancário um desdobramento lógico da intimidade do indivíduo, pelo que deve, sob tal aspecto, encontrar guarida nos referidos dispositivos da Lei Maior, no que pertine à proteção da privacidade.

Esse entendimento decorre da constatação já antes mencionada de que a massificação das operações bancárias é capaz de, por si só, elaborar uma completa descrição sobre o perfil pessoal, financeiro e emocional do indivíduo, caracteres, que, por sua peculiaridade, devem ser de conhecimento exclusivo, praticamente, ressalvados, por óbvio, os casos em que a própria pessoa faça questão de publicá-los.

Não obstante, em virtude da relevância e da pessoalidade de tais informações, considera-se, ainda, que a noção de sigilo bancário encontra-se intimamente ligada não só à privacidade do indivíduo, mas também à concepção dos direitos da personalidade, isto é, aqueles que integram a complexidade do indivíduo.

Destarte, vejamos o posicionamento de autores que ratificam essas disposições:

"O sigilo bancário é o meio para resguardar a privacidade no campo econômico, pois veda a publicidade sobre a movimentação da conta corrente bancária e das aplicações financeiras".<sup>21</sup>

"A maioria dos ordenamentos jurídicos, como o brasileiro, tratam o sigilo bancário como direito fundamental do contribuinte à privacidade, ou seja, à resistência à comunicação de dados que representem desdobramento da personalidade da pessoa, direito a oposição e à negação de comunicação".<sup>22</sup>

"Do exposto até aqui, é evidente que o direito ao sigilo bancário representa uma espécie de direito à privacidade. É incontroverso que os dados e informações de natureza bancária dizem respeito à intimidade e à vida privada dos cidadãos.

---

<sup>21</sup> Wald, Arnold. "O Sigilo bancário e os direitos fundamentais", artigo publicado na *Revista do Tribunais. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, n. 22, p.15-21.

<sup>22</sup> A. Silva, Eivany. "Considerações a Respeito do Sigilo de Dados", artigo publicado na *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo, n. 61, p. 27.

Dados que dizem respeito ao valor em dinheiro depositado em contas correntes bancárias, tipos e características de aplicações financeiras, ganhos e prejuízos auferidos ou incorridos em operações bursáteis etc, são, sem sombra de dúvida, elementos particulares e pessoais de qualquer indivíduo. Utilizando outra voz: informações que tocam no aspecto financeiro do ser humano representam direito íntimo e personalíssimo, devendo ser mantidas em sigilo por aqueles que eventualmente as detenham, em razão de sua atividade profissional. Parece-nos que tal conclusão é de uma clareza inconteste. Não tem sido outra a posição da doutrina mais abalizada do País e da jurisprudência dominante”.<sup>23</sup>

Desse modo, esta corrente de pensamento consagra a idéia de que, apesar de não haver no dispositivo constitucional menção expressa à proteção do sigilo bancário, compõe este, mediante interpretação extensiva, uma vertente do direito à intimidade previsto na Carta Magna.

Nesse diapasão, observemos ainda o posicionamento defendido pelo Ilustre Ministro Marco Aurélio Mello<sup>24</sup>, integrante do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

“Trata-se de valor constitucionalmente assegurado (CF, art.5º, X), cuja proteção normativa busca erigir e reservar, em favor do indivíduo – e contra a ação expansiva do arbítrio do Estado – uma esfera de autonomia inatingível e indevassável pela atividade persecutória do Poder Público, apta a inibir e a vedar o próprio acesso dos agentes governamentais”

Portanto, para os que advogam essa tese, somente se pode conceber o sigilo bancário partindo-se da premissa de que ele se insere em uma das manifestações do princípio constitucional de preservação à intimidade erigido no art. 5º, incs. X e XII da Constituição Federal.

Há autores, no entanto, que sustentam o argumento contrário, ou seja, de que o sigilo bancário não compõe um direito fundamental, muito menos se aproxima de um direito ínsito à personalidade, uma vez que seu registro é mera decorrência do desenvolvimento das atividades comerciais, as quais, embora praticadas no âmbito privado, geram conseqüências e devem atender a preceitos de ordem pública, sob pena de prejuízo à sociedade.

---

<sup>23</sup> Roberto Quiroga Mosquera, “*Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais*”. São Paulo, Dialética, 1998, p. 70-71.

<sup>24</sup> Petição nº 577/DF, 03/1992. RTJ nº 148, fl.371.

Afirmam, ainda, que o sigilo bancário funda-se exclusivamente na legislação ordinária, não encontrando respaldo na Constituição Federal, como integrante dos direitos à intimidade e à privacidade resguardados no art. 5º da Lei Maior.

(...) O inciso X do rol de direitos fala assim numa intimidade onde a meu ver seria extraordinário agasalhar a contabilidade, mesmo a das pessoas naturais, e por melhor razão a das empresas. (...) É possível que os dados bancários, em certos casos, deixem entrever aspectos da vida privada, como ocorreria, por exemplo, na revelação de gastos com especialidades médicas de certas enfermidades ou despesas com pessoas das relações afetivas mais íntimas, que o cliente queira manter em segredo. Isso, contudo, é exceção, porque, em regra, as operações e serviços bancários não podem ser referidos à privacidade, no sentido de que é protegido no inciso X do art. 5º da Constituição. Assim, os dados bancários concernentes a pagamentos de compra de imóveis, os financiamentos para aquisição de casa própria ou os financiamentos públicos para o desenvolvimento de atividades produtivas são alguns exemplos de informações que não se inserem no núcleo irredutível da privacidade.<sup>25</sup>

Nesse sentido, pode-se utilizar como exemplo aquele indivíduo que procede à emissão de cheques sem fundo, em desfavor dos credores. Aqui, além do nítido prejuízo ocasionado entre as partes, há também o desgaste à coletividade, motivo pelo qual o agente causador do ilícito poderá ser considerado praticante do crime de estelionato, nos moldes do art. 171 do Código Penal, o que dá ensejo à intervenção estatal em afastar tal prática, por meio da ação penal competente.

Além disso, para os defensores dessa teoria, por intimidade entende-se tudo aquilo que esteja adstrito ao interior de cada um, que não produza reflexo no mundo social. *A contrario sensu*, portanto, se é produzido efeito exterior, não há de se falar em intimidade, tal como ocorre em relação às transações bancárias, as quais, via de regra, são realizadas entre diversos titulares, criando um complexo subjetivo em que não se concebe a particularização estrita.

Igualmente, não há de se cogitar ser o sigilo bancário inerente à personalidade, tendo em vista que estes representam um mínimo necessário para o desenvolvimento da pessoa, sendo, assim, imprescindíveis, indisponíveis, absolutos, enquanto aquele comporta inúmeras exceções e pode ser objeto de renúncia pelo particular.

---

<sup>25</sup> Voto do Ministro Francisco Rezek, MS 21.729-4/DF.

Desse modo, percebemos que ambas as teorias tecem considerações expressivas no que tange a esse instituto, cada uma guardando as suas respectivas particularidades. Entretanto, vistas isoladamente, não nos servem à busca pela exata acepção do sigilo bancário no ordenamento brasileiro.

Isso porque, enquanto uma o coloca no patamar máximo, a nível de garantia fundamental indisponível, a outra o considera um simples desdobramento da atividade bancária, e que embora respeitado, não possui fundamento suficiente ao seu enquadramento como direito essencial ao indivíduo.

Destarte, acreditamos que a solução mais acertada é o equilíbrio entre as duas teorias acima expostas, buscando atribuir ao sigilo bancário o status de norma constitucional, *ex vi* do art. 5º, incs. X e XII da Lei Maior, sem, no entanto, descartar a possibilidade de sua restrição, nos casos em que se demonstrar necessária à consagração do ideal de justiça.

Tal ocorre pela possibilidade de haver, no exame do caso concreto, o conflito entre os interesses tutelados, de modo que seja necessária a instauração de um juízo de ponderação, por meio do qual se promova um sopesamento dos valores em questão e, assim, se possa decidir sobre o cabimento da supressão do dever de sigilo como forma de harmonizar a situação

Nesse sentido, o Colendo Supremo Tribunal Federal já afirmou que não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas (MS nº 23.669-DF. 12.04.2000. DJ de 17.04.2000. Ministro Relator Celso de Mello).

No que concerne ao sigilo bancário, portanto, é essa a orientação da Corte Suprema, senão vejamos:

“Esta Corte, em inúmeros julgados, vem dizendo reiteradamente e com sabedoria que o direito ao sigilo bancário é um direito limitado, não absoluto, e que pode ceder a interesses públicos em determinadas e restritas situações, sempre orientadas para a busca da verdade no interesse da justiça” (STF. MS nº 21.729-4. 05.10.1995. DJ de 19.10.2001. Voto Ministro Maurício Corrêa).

“O DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO - QUE TAMBÉM NÃO TEM CARÁTER ABSOLUTO - CONSTITUI EXPRESSÃO DA GARANTIA DA INTIMIDADE. - O sigilo bancário reflete expressiva projeção da garantia fundamental da intimidade das pessoas, não se expondo, em consequência, enquanto valor constitucional que é, a intervenções de terceiros ou a intrusões do Poder Público desvestidas de causa provável ou destituídas de base jurídica idônea. O sigilo bancário não tem caráter absoluto, deixando de prevalecer, por isso mesmo, em casos excepcionais, diante da exigência imposta pelo interesse público” (STF. MS nº 23.669-DF. 12.04.2000. DJ de 17.04.2000. Ministro relator Celso de Mello).

Portanto, imperioso repisar que o sigilo bancário, embora seja direito fundamental, não detém caráter absoluto; contudo, a sua violação, além de medida excepcional, deverá ser realizada pela autoridade competente, de acordo com o texto constitucional, observadas, ainda, as garantias do devido processo legal e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

A invocação destes preceitos, por seu turno, sugere ao intérprete e aplicador do Direito que a limitação imposta pela autoridade responsável seja, além de necessária, adequada e proporcional, com vistas à obtenção legítima dos fins colimados, evitando, assim, a utilização de medidas restritivas de direitos que não se demonstrem aptas a esse mister ou que ultrapassem os objetivos pretendidos com a supressão da garantia individual.

Esse é o entendimento consignado pelo respeitado Ministro Marco Aurélio Mello, que reconhece a legitimidade da quebra do sigilo bancário *“sempre que essa medida se qualificar como providência essencial e indispensável à satisfação das finalidades inderrogáveis da investigação estatal, desde que não exista nenhum meio menos gravoso para a consecução de tais objetivos.”*<sup>26</sup>

Traçadas, portanto, em linhas gerais as características relativas ao sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro, passemos, por ora, a analisar a constitucionalidade da Instrução Normativa 802/07, que compõe o real escopo deste trabalho monográfico.

---

<sup>26</sup> MS 21.729-4/DF, DJ 19.10.01, p.106.



## 4. UMA ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA INSTRUÇÃO NORMATIVA RFB N° 802/07

Conforme já esboçado anteriormente, a Instrução Normativa 802/07, ao dispor sobre a obrigatoriedade de as instituições financeiras prestarem, em determinadas hipóteses, informações ao Fisco quanto às operações promovidas por seus clientes pessoas físicas e jurídicas, fez surgir no meio jurídico diversas insurgências, que questionavam, em suma, a eventual violação do sigilo dos dados relativos aos contribuintes sem decisão judicial que a fundamente, fator que aparentemente malferia o disposto no art. 5º, incs. X e XII da Constituição Federal.

Assim é que diversas entidades representativas ingressaram com demandas judiciais buscando a declaração da nulidade da citada medida, como, por exemplo, a Confederação Nacional das Profissões Liberais e a Ordem dos Advogados do Brasil, através de suas Seccionais.

Essa primeira instituição, destaque-se, ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, que tramita sob o nº 4.006, a fim de obter provimento que determine liminarmente a suspensão liminar da Instrução Normativa até o julgamento final da ação, e, no mérito, decida pela inconstitucionalidade da norma, aplicando, assim, eficácia *erga omnes* aos seus termos, de modo que seus efeitos sejam aplicáveis a todo o ordenamento.

No entanto, há também os que são favoráveis à validade da Instrução Normativa 802/07, sob a justificativa de que ela representa instrumento tenaz de combate à sonegação fiscal, atendendo, desse modo, ao interesse público, e que se trata de providência já consolidada no âmbito das relações Fisco-contribuinte, tendo em vista que, à época da cobrança da CPMF, a Receita Federal podia utilizar livremente as informações provenientes da arrecadação desse tributo como meio de constituição do crédito tributário.

Destarte, em virtude da ampla polêmica existente em torno do assunto e da riqueza dos argumentos defendidos e postos em conflito, consideramos essencial uma melhor explanação do tema, que será realizada a partir de uma análise segmentada entre as correntes que sustentam a constitucionalidade e a inconstitucionalidade da Instrução Normativa 802/07, respectivamente.

Passemos, pois, à descrição dos fundamentos expendidos por aqueles que consideram tal medida em perfeita consonância com a Constituição Federal.

#### **4.1 Constitucionalidade**

No âmbito dos que consideram a constitucionalidade da Instrução Normativa 802/07, emana uma série de argumentos, os quais, resumidamente analisados, simplificam-se na obrigatoriedade da prestação de informações ao Fisco como elemento “permissivo” da atuação estatal, no que pertine, especificamente, à arrecadação tributária.

Destarte, na esteira do art. 145, parágrafo 1º, *in fine* da Constituição Federal, segundo o qual: “*Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte*”, fazem remissão ao dispositivo do Código Tributário Nacional que determina a obrigação de determinadas pessoas e/ou instituições prestarem informações ao Fisco, com o intuito de aperfeiçoar a finalidade da atividade arrecadatória.

Nesses moldes, vejamos o que preceitua o artigo 197 do aludido diploma, *verbis*:

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

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

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

III - as empresas de administração de bens;

IV - os corretores, leiloeiros e despachantes oficiais;

V - os inventariantes;

VI - os síndicos, comissários e liquidatários;

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

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

Portanto, não apenas os contribuintes e responsáveis tributários deverão informar ao Fisco os dados pertinentes às suas atividades, bens e negócios suscetíveis de tributação, senão também terceiros estranhos que, em determinadas situações, deverão colaborar com o Poder Público, prestando as informações porventura requisitadas no interesse da Administração Tributária.<sup>27</sup>

No entanto, é esse dever genérico de informação ao Fisco que suscita a profunda discussão acerca da eventual afronta ao sigilo bancário, direito assegurado ao cidadão de serem mantidas em segredo as operações financeiras que lhe dizem respeito, *ex vi* do art. 5º, incs. X e XII da Carta Magna.

Isso porque, de acordo com os preceitos constitucionais acima mencionados, para ser restringida a manutenção do sigilo bancário, em hipótese excepcional, além da demonstração de necessidade-adequação, exige-se também a superveniência de ordem judicial impositiva.

Ocorre que, com o advento da Lei Complementar 105/2001, a questão tomou novos rumos, uma vez que o mencionado dispositivo legal previa a possibilidade de o Poder Executivo disciplinar os critérios segundo os quais as instituições financeiras deveriam prestar informações ao Fisco sobre as operações efetuadas pelos usuários de seus serviços<sup>28</sup>.

Ademais, essa mesma legislação complementar restringia também qualquer a inserção de elemento que possibilitasse a identificação da origem ou natureza dos gastos

---

<sup>27</sup> Daniel Zanetti Marques Carneiro, Brevíssimas considerações acerca da IN/RFB nº 802/2007, Revista Dialética de Direito Tributário nº 151, p. 8, 2008.

<sup>28</sup> Art. 5º, LC 105/01

efetuados, de sorte que as informações repassadas à Receita Federal seriam compostas, basicamente, da relação entre o titular da transação e o valor mensalmente movimentado, não se franqueando, assim, o acesso a dados mais específicos da operação porventura promovida. Nessa esteira, a intimidade e a privacidade dos contribuintes permaneceria intacta.

Com a referida norma, portanto, foi-se consolidando gradualmente a idéia de acesso direto do Fisco aos dados bancários do contribuinte, como forma de incrementar o mecanismo arrecadatório, sob o fundamento de ***“não ser inconstitucional nem ilegal o fornecimento, pelas instituições financeiras, de dados necessários à apuração do tributo devido, pois o poder de fiscalização, inerente ao de tributação, não é incompatível com as garantias da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, mormente porque o acesso do Fisco à referidas informações é cercado de formalidades e, como já mencionado, resguardado pelo sigilo fiscal.”***<sup>29</sup>

Ressalte-se, no entanto, que a conclusão acima esboçada tornou-se possível somente pelo fato de a Lei Complementar 105/01 condicionar a violação do sigilo bancário à existência de processo administrativo-fiscal em curso, consagrando, assim, o preceito constitucional contido no art. 5º, LIV da Constituição Federal, o qual registra que ***“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”***.

Essa é a inteligência do art. 6º da Lei Complementar 105/01, regulamentado pelo art. 2º do Decreto 3.724/01, cuja redação atual é advinda do Decreto 6.104/07:

“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. (Regulamento)

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. 6º, LC 105/01)

“Art. 2º Os procedimentos fiscais relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil serão executados, em

---

<sup>29</sup> Daniel Zanetti Marques Carneiro, Brevíssimas considerações acerca da IN/RFB nº 802/2007, Revista Dialética de Direito Tributário nº 151, p. 11, 2008.

nome desta, pelos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil e somente terão início por força de ordem específica denominada Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), instituído mediante ato da Secretaria da Receita Federal do Brasil.” (Art. 2º, Decreto 3.724/01, com a redação dada pelo Decreto 6.104/07)

Outrossim, o mesmo diploma legal complementar, a fim de limitar a quebra do sigilo bancário de acordo com as suas disposições, estipula expressa a penalidade para os casos em que não restar observada, nos moldes a seguir expostos:

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.

Destarte, em conformidade com a LC 105/01, bem como com os artigos 145, parágrafo 1º, *in fine*, da Constituição Federal, e 197, II e VII do Código Tributário Nacional, considera-se que a Instrução Normativa 802/07, do ponto de vista pragmático, apenas disciplinou em nível regulamentar de segundo grau a possibilidade de acesso direto do Fisco aos dados do contribuinte, com base no entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário de que o sigilo bancário não compõe direito absoluto, admitindo-se, assim, o seu abrandamento em determinados casos.

Sob outro ângulo, a par das questões procedimentais, muitos também se posicionam em favor da relativização do sigilo bancário sob o argumento de que nenhuma operação pode ser demasiadamente sigilosa, de modo tal que favoreça a composição do ilícito. Nessa linha é o pensamento de respeitado jurista pátrio<sup>30</sup>:

"Não pode a ordem jurídica de um país razoavelmente civilizado fazer do sigilo bancário um baluarte em prol da impunidade, a favorecer proxenetas, lenões, bicheiros, corruptos, contrabandistas e sonegadores de tributos. O que cumpre ser feito é uma legislação cuidadosa que permita a manutenção dos princípios da privacidade e do sigilo de dados, sem torná-los bastões da criminalidade. De resto reza a sabedoria popular que quem não deve não teme. A recíproca é verdadeira."

Nesse aspecto, pretende-se justificar a inserção de medidas dessa natureza com esteio na constatação do acentuado nível de criminalidade organizada no Brasil, que movimentava vultosas quantias advindas e destinadas à prática de atos ilícitos, trazendo notório prejuízo ao Erário Público e, conseqüentemente, à sociedade em geral.

---

<sup>30</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro. "*Princípios Constitucionais Tributários*", Cadernos de Pesquisas Tributárias, vol. 18. São Paulo, Ed. Resenha Tributária, 1993.

Diante desse contexto, tanto o legislador quanto o aplicador do Direito estariam legitimados a tratar do assunto com mais pertinência e severidade, buscando a solução em providências mais rígidas e eficientes.

Até porque se compete ao Estado a atividade fiscalizatória, no exercício do poder de polícia que lhe é imanente, certo é que:

“(…) o Estado precisa ter mecanismos próprios que lhe permitam atingir os fins que colima, mecanismos esses inseridos no direito positivo e qualificados como verdadeiros poderes ou prerrogativas especiais de direito público. Um desses poderes resulta exatamente do inafastável confronto entre os interesses público e privado, e nele há a necessidade de impor, às vezes, restrições aos direitos dos indivíduos. É preciso ressaltar, contudo, que tais benefícios não são despropositados, mas imprescindíveis “a fim de assegurar conveniente proteção aos interesses públicos, instrumentando os órgãos que os representam para um bom, fácil, expedito e resguardado desempenho de sua missão” (…). Não adiantaria deter o Estado o poder de impor restrições aos indivíduos se não dispusesse dos mecanismos necessários à fiscalização da conduta destes.”<sup>31</sup>

Portanto, temos que os defensores da tese que considera constitucional a Instrução Normativa 802/07, que possibilita o acesso direto do Fisco às movimentações financeiras dos contribuintes, pautam-se resumidamente em três aspectos, quais sejam: a) esta Instrução Normativa em nada altera a atividade fiscalizatória vigente, mantendo-se, portanto, dentro de sua finalidade precípua, qual seja a regulamentação de segundo grau; b) a inexistência de direito absoluto, motivo pelo qual, em face da superveniência do interesse público, os direitos individuais podem ser relativizados, incluindo-se, nesta noção, o direito ao sigilo bancário; c) a não violação da intimidade e privacidade dos indivíduos, vez que serão identificados somente o titular da operação e o montante global movimentado.

## **4.2 Inconstitucionalidade**

Em contraponto àqueles que consideram a Instrução Normativa 802/07 condizente com o sistema constitucional vigente, surgem os que a consideram manifestamente inconstitucional, tendo em vista que ela determina, à míngua de fundamento legal subsistente, a obrigação de as instituições financeiras repassarem diretamente à Receita

---

<sup>31</sup> José dos Santos Carvalho Filho, Manual de Direito Administrativo, 17ª edição, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, p. 67-77.

Federal os dados das movimentações dos contribuintes que atingirem certo patamar, sem a prévia necessidade de decisão judicial nesse sentido.

Conforme já exposto anteriormente, é sabido que o sigilo bancário, apesar de reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal como uma garantia fundamental outorgada aos cidadãos brasileiros, não pode se revestir de caráter absoluto, tendo em vista que pode ser relativizado, em determinados casos, em face da supremacia do interesse público.

Nesse diapasão, segue célebre pronunciamento do Ministro Carlos Velloso, Relator do Julgamento da Petição de nº 577/DF, *verbis*:

“O sigilo bancário protege interesses privados. É ele espécie de direito à privacidade, inerente à personalidade das pessoas e que a Constituição consagra (CF, art. 5º, X), além de atender ‘a uma finalidade de ordem pública, qual seja a proteção do sistema de crédito’, registra Carlos Alberto Hangstrom, forte no magistério de G. Ruta (‘Le Secret Bancaire em Droit Italien’, Rapport, p. 17; Carlos Alberto Hangstrom, ‘O sigilo bancário e o Poder Público’, Rev. de Direito Mercantil, 79/34). Não é ele um direito absoluto, devendo ceder, é certo, diante do interesse público, do interesse da justiça, do interesse social, conforme, aliás, tem decidido esta Corte (RMS nº 15.925-GB, Relator Ministro Gonçalves de Oliveira; RE nº 71.640-BA, Relator Ministro Djaci Falcão, RTJ 59/571; MS 1.047, Relator Ministro Ribeiro da Costa, Rev. Forense 143/154; MS 2.172, Relator Ministro Nelson Hungria, DJ de 5.1.54; RE nº 94.608, Relator Ministro Cordeiro Guerra, RTJ 110/195).”

Ocorre que, como é de conhecimento geral, a restrição a tal direito, por se tratar de medida excepcional, reveste-se de uma série de formalidades, reconhecidas, inclusive, no âmbito da Constituição Federal.

Assim é que a Lei Maior, ao consignar no bojo de seu art. 5º, XXXV que *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*, outorgou ao Poder Judiciário a competência constitucional para a determinação da violação ao direito de segredo. Além do Poder Judiciário, a Constituição Federal, por meio do art. 58, § 3º<sup>32</sup>,

---

<sup>32</sup> **Art. 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, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.”

também conferiu tal prerrogativa à Comissões Parlamentares de Inquérito, vez que a estas foram conferidos “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”.

Importante ressaltar, no entanto, que para determinarem a violação do segredo, tais autoridades devem fazê-lo com observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como das garantias ao devido processo legal, como forma de legitimar o exercício do poder que lhes foi conferido pela Constituição Federal.

Tais princípios, repita-se, emanam no ordenamento para resguardar o cidadão contra a prática arbitrária daqueles que exercem e representam o Estado. Sobre o assunto, imperioso trazer à baila a valiosa lição do eminente jurista José dos Santos Carvalho Filho, *verbis*:

“O grande fundamento do princípio da proporcionalidade é o *excesso de poder*, e o fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração, ou até mesmo pelos Poderes representativos do Estado. Significa que o Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido. (...) Em conseqüência, sua aplicação exige equilíbrio e comedimento por parte do julgador, que deverá considerar com acuidade todos os elementos da hipótese sob apreciação; se não o fizer, ele mesmo será o agente violador do princípio que pretende aplicar.”<sup>33</sup>

A incidência desses preceitos consiste basicamente na ponderação, por parte do aplicador, acerca da adequação-necessidade da medida imposta. Ou seja, além da fundamentada demonstração da necessidade de sua invocação, o meio empregado deve ser compatível com o objetivo pretendido, de modo que os benefícios superem os prejuízos.

Nessa esteira, pode-se afirmar ainda que para haver a determinação da quebra do sigilo bancário por uma das autoridades competentes, é coerente que ao menos haja indícios ou provas pré-constituídas que sinalizem no sentido das práticas indesejadas, as quais, no contexto ora tratado, são representadas essencialmente pela sonegação e evasão fiscal.

---

<sup>33</sup> José dos Santos Carvalho Filho, Manual de Direito Administrativo, 17ª edição, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, p. 32-33.



Assim o entende o respeitado tributarista Ives Gandra da Silva Martins<sup>34</sup>, vejamos:

“É, neste particular, que me parece absolutamente correta a postura do legislador e da jurisprudência em preservar o sigilo bancário do arbítrio e admitir a sua quebra sempre que houver autorização judicial. A autorização judicial que exterioriza o exame imparcial da licitude do pedido, só deve ocorrer na hipótese em que o interesse público assim esteja exigindo e de que o sigilo esteja acobertando casos de sonegação evidente e não de mero palpite por parte da fiscalização. Não pode o Poder Judiciário hospedar uma “fishing exploration” que, comumente, os agentes fiscais promovem na tentativa de conseguir apurar faltas de recolhimento tributário, sem dados mais precisos.” (grifos nossos)

Corroborando tal posicionamento, trazemos à lume o entendimento esposado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal<sup>35</sup>, *verbis*:

“INQUÉRITO - DILIGÊNCIA - EXTENSÃO. O deferimento de diligência requerida pelo Ministério Público há de fazer-se em sintonia com as balizas subjetivas e objetivas da investigação em curso, descabendo providências que extravasam o campo da razoabilidade, como, por exemplo, a quebra de sigilo bancário generalizada.”

Sob esse ponto de vista, considera-se descabido, por parte do Fisco Federal, a edição de norma complementar que contrarie tais disposições, levando à investigação todos os indivíduos que movimentarem a quantia prevista na IN 807/02 sem observar se há, no mínimo, a existência de indício do cometimento de alguma irregularidade por aquele determinado contribuinte, pois, ao inserir obrigação de tal natureza, a referida Instrução Normativa parte da premissa de que todos são potencialmente sonegadores, violando assim o preceito constitucional da presunção da inocência (CF, art. 5º, inc. LVII).

Outro aspecto a ser destacado é a constatação de que a simples movimentação financeira não constitui prova suficiente à conclusão pelo dever de arrecadação referente ao Imposto de Renda, vez que o fato gerador da aludida exação é o auferimento de renda ou proventos, que, por seu turno, gerem acréscimo ao patrimônio do contribuinte. Nesse sentido, observemos a lição do insigne tributarista Hugo de Brito Machado<sup>36</sup>:

“(…) podemos afirmar que o âmbito material de incidência do imposto de renda é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de *renda*, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; e de *proventos de*

<sup>34</sup> In artigo intitulado “Sigilo bancário” na Revista Dialética de Direito Tributário nº 1, de outubro de 1995. Ed. Dialética. São Paulo.

<sup>35</sup> STF. AgRg no Inq-AgR 2206/DF. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO MELLO. Julgamento: 10/11/2006. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJU de 02-02-2007 PP-00073.

<sup>36</sup> In “Curso de Direito Tributário. 27ª edição. São Paulo, Malheiros Editores, 2006, pp. 327-329.

*qualquer natureza*, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no conceito de renda. (...) Quando afirmamos que o conceito de *renda* envolve acréscimo patrimonial, como o conceito de *proventos* também envolve acréscimo patrimonial, não queremos dizer que escape à tributação a renda consumida. O que não se admite é a tributação de algo que na verdade em momento algum ingressou no patrimônio, implicando incremento no valor líquido deste.”

Desse modo, pode-se inferir que a partir da conferência das informações financeiras dos correntistas não há como se concluir de forma precisa sobre a obrigação de recolher o citado imposto, tendo em vista que a simples movimentação financeira não traduz o efetivo ganho patrimonial, tão necessário à incidência daquele tributo.

Esse é o entendimento firmado pelo Egrégio Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda<sup>37</sup>, senão vejamos:

“PROCEDIMENTO FISCAL - AUTUAÇÃO COM BASE EM DEPÓSITO BANCÁRIO - No arbitramento, em procedimento de ofício, efetuado com base em depósito bancário, nos termos do artigo 42 da Lei n 9.430/96, de 27/12/1996, não basta a simples presunção legal de que os depósitos constituem renda tributável, é imprescindível que seja comprovada a utilização dos valores depositados como renda consumida, evidenciando sinais exteriores de riqueza, visto que, por si só, depósitos bancários não constituem fato gerador do imposto de renda pois não caracterizam disponibilidade econômica de renda e proventos. O lançamento assim constituído só é admissível quando ficar comprovado o nexo causal entre o depósito e o fato que represente omissão de rendimentos” (grifos nossos)

Em outra oportunidade, o já extinto Tribunal Federal de Recursos também havia se posicionado na mesma linha, consignando que “**É ilegítimo o lançamento de Imposto de Renda arbitrado com base apenas em extratos bancários.**”<sup>38</sup>.

Não obstante tais considerações, ainda há um aspecto primordial a ser examinado em favor dos que pugnam pela inconstitucionalidade da Instrução Normativa 802/07, qual seja a da sua incompatibilidade com a Lei Complementar 105/01, norma hierarquicamente superior, que fora editada com o intuito de dispor sobre o sigilo das operações das instituições financeiras.

---

<sup>37</sup> Conselho de Contribuintes. 2ª Câmara. Recurso Voluntário nº 134847. Processo: 10660.004988/2002-36. Data da Sessão: 28/01/2004, Relator: Nairy Fragoso Tanaka. Decisão: Acórdão 102-46231.

<sup>38</sup> Súmula nº 182 do Tribunal Federal de Recursos.

Conforme já explanado anteriormente, a mencionada Lei Complementar 105/01 inovou no ordenamento jurídico, tendo em vista que previu, em seu art. 6º, a possibilidade de quebra do sigilo bancário pelo Fisco, sem prévia ordem judicial, quando houvesse processo administrativo já instaurado ou procedimento fiscal em trâmite, desde que o exame das informações bancárias fosse considerado indispensável pela autoridade competente.

Sob esse ângulo, cumpre-nos fazer uma breve digressão para observar que, a despeito de inserir nova realidade no meio jurídico, outorgando também ao Fisco a competência para restringir o sigilo bancário, a referida norma complementar delimitou tal exercício à observância de dois requisitos, quais sejam a existência de processo administrativo ou fiscal instaurado em desfavor do contribuinte e a demonstração da necessidade de adoção da providência, consagrando, desse modo, a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como das garantias do devido processo legal.

Assim, com a imposição dos referidos limites, a Lei Complementar 105/01 consagrou o ideal de excepcionalidade inerente à natureza da violação ao sigilo bancário, assegurando que a restrição a esse direito deveria ser implementada somente quando manifestamente necessária à depuração do exame casuístico.

A Instrução Normativa 802/07, por seu turno, determinou a violação generalizada das informações bancárias dos contribuintes, independentemente da instauração de prévio procedimento fiscal e da ponderação sobre a efetiva necessidade destas informações para o deslinde desse processo.

E é justamente nessa perspectiva que se atribui, igualmente, a inconstitucionalidade a essa Instrução Normativa, tendo em vista que a sua finalidade precípua, qual seja, a de regulamentar em nível de segundo grau, as disposições da Lei Complementar 105/01, foi completamente desviada, porquanto ela consigna uma hipótese de incidência que não fora prevista nesse diploma legal.

A referida exigência se deve ao fato de que, como norma de caráter regulamentar, a Instrução Normativa 802/07 deveria necessariamente respeitar os limites impostos pela lei regulamentada, sob pena de incorrer em extrapolação da competência legislativa.

Sobre o assunto, imperioso trazer à lume o magistério do eminente jurista pátrio Pontes de Miranda<sup>39</sup>, *in verbis*:

“(...) regulamentar é editar regras que se limitem a adaptar a atividade humana ao texto, e não o texto à atividade humana. Assim, quando o Poder Executivo, para tornar mais inteligível regra legal, enumera casos, exemplificativamente, em que teria de ser aplicado, não adapta o texto à atividade humana – cria meios que sirvam à atividade humana para melhor se entender o texto. Tanto assim que, se os casos apontados não esgotam o conteúdo da regra legal, os intérpretes, judiciários e administrativos, não ficam adstritos à taxatividade intrusa. Onde se estabelecem, alteram, ou extinguem direitos, não há regulamentos – há abuso de poder regulamentar, invasão da competência do Poder Legislativo.”

Na mesma linha de intelecção, o insigne Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>40</sup>:

“Se o regulamento não pode criar direitos ou restrições à liberdade, propriedade e atividades dos indivíduos que já não estabelecidos e restringidos na lei, menos ainda poderão fazê-lo instruções, portarias ou resoluções. Se o regulamento não pode ser instrumento para regular matéria que, por ser legislativa, é insuscetível de delegação, menos ainda poderão fazê-lo atos de estirpe inferior, quais instruções, portarias ou resoluções. Se o Chefe do Poder Executivo não pode assenhorar-se de funções legislativas nem recebê-las para isso por complacência irregular do Poder Legislativo, menos ainda poderão outros órgãos ou entidades da Administração direta ou indireta.”

Portanto, partindo-se do pressuposto basilar de que a Instrução Normativa 802/07 foi editada com o propósito de regulamentar a Lei Complementar 105/01, que dispõe sobre o sigilo das operações das instituições financeiras, há de se falar, realmente, em nítida exorbitância do poder regulamentar, que resultou em desvio de finalidade.

Ratificando tais disposições, o tributarista Kiyoshi Harada<sup>41</sup>, em célebre pronunciamento, adapta-as ao estudo da Instrução Normativa 802/07, tratando da matéria sob um ponto de vista crítico e direto, como é do seu estilo:

---

<sup>39</sup> Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n° 1 de 1969, tomo III, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1987, p.314.

<sup>40</sup> Curso de Direito Administrativo, 11ª Edição, Ed. Malheiros, p.264, 1999.

<sup>41</sup> “Fim da CPMF e a quebra do sigilo bancário.” Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1647, 4 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10822>>. Acesso em: 05.05. 2008.

“Essa Instrução Normativa da RFB é absolutamente nula e írita por pretender dar execução a um decreto, o Decreto nº 4.489/2002, editado pelo Executivo com usurpação de competência do Legislativo, a quem cabe regular o procedimento para a quebra do sigilo bancário, nos exatos termos da Lei Complementar nº 105/2001. Mesmo que houvesse expressa delegação na LC nº 105/2001, e não há, o Decreto e a IN só poderiam dispor sobre procedimento da quebra do sigilo bancário naquelas duas hipóteses previstas no seu art. 6º. Como é possível um instrumento normativo de menor hierarquia alargar as hipóteses de rompimento do sigilo? Decreto e IN sob análise permitem, ou melhor, obrigam as instituições financeiras a quebrarem o sigilo bancário de todos os seus clientes, indistintamente, independentemente, de existir sobre eles o competente processo administrativo tributário instaurado, ou pender algum procedimento fiscal. Isso, nem a lei ordinária poderia fazer, em obediência à matéria sob reserva de lei complementar.”

Esses, pois, são os principais pontos contra os quais se insurgem aqueles que pugnam pela inconstitucionalidade da Instrução Normativa 802/07, buscando, assim, em respeito ao sistema constitucional vigente, a sua rejeição pelo ordenamento jurídico pátrio.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da análise acima expandida, que indiscutivelmente denota a complexidade da matéria abordada e a relevância dos interesses postos em questão, é que consideramos por bem demonstrar o nosso apreço pela segunda corrente, qual seja a que pugna pela inconstitucionalidade da Instrução Normativa RFB nº 802/07.

Ora, é bem verdade que com a edição deste texto normativo demonstra-se patente o interesse em combater a sonegação fiscal e, assim, aumentar os índices de arrecadação tributária, fundamento que, de fato, obedece às diretrizes estatais.

Todavia, entendemos ser defeso ao Estado dispor de todo um esquema constitucional a fim de concretizar tal objetivo. Aliás, cedo afirmo que a atividade estatal, em sua essência, pressupõe a observância de uma série de princípios, tais como a legalidade, a moralidade, a eficiência, a proporcionalidade, a razoabilidade, dentre outros.

Desse modo, admitir a inserção de medida desta natureza sem o respeito a tais preceitos configura flagrante ofensa à Constituição Federal e ao Estado Democrático de Direito, sob o qual está juridicamente constituída a nação brasileira.

Com efeito. Caso isso fosse permitido, estaríamos certamente retornando ao ideal absolutista desenvolvido pelo eminente filósofo Nicolau Machiavel, segundo o qual “*os fins justificam os meios*”, consagrando a concepção da necessidade de concentração do poder nas mãos dos governantes como meio de garantir a atuação estatal, teoria esta que, apesar de brilhantemente concebida, não coaduna com o ordenamento jurídico brasileiro atual.

Na verdade, a Instrução Normativa RFB nº 802/07 possui um propósito excepcional diante da realidade brasileira hodierna, uma vez que vultosas quantias de numerário não são devidamente repassadas ao Erário Público, vindo, muitas vezes, a serem utilizadas como

meio ou fim à prática de outros ilícitos, além de prejudicar o financiamento das propostas estatais básicas.

Entretanto, é inegável mencionar que sob a ótica lógico-jurídica ela se encontra eivada de vícios de ordem formal e material que inviabilizam a sua efetiva implementação perante o ordenamento pátrio.

Isso porque, de acordo com suas determinações, há uma disposição genérica das informações a serem prestadas pelas instituições financeiras, colocando todos aqueles que atingirem o patamar legal sob investigação do Fisco.

Tal assertiva, além de violar frontalmente as disposições relativas ao sigilo bancário, cuja quebra poderá ser determinada pelas autoridades competentes apenas em casos excepcionais, em que haja a existência de provas pré-constituídas ou ao menos indícios de autoria de infração, tornando-se assim indispensável à consecução da finalidade pública, também ofende o princípio da isonomia, porquanto oferece tratamento indistinto aos contribuintes, levando igualmente à investigação os cumpridores e os descumpridores da obrigação tributária do recolhimento do Imposto de Renda.

Não obstante tais considerações, sob o prisma formal ela também carece de substrato jurídico, tendo em vista que, destinada a regulamentar, em nível de segundo grau, as disposições da Lei Complementar n° 105/01, usurpou a competência legislativa atribuída originariamente a esta norma, promovendo verdadeira inovação no meio jurídico quanto à desnecessidade de procedimento administrativo ou judicial para liberação das informações solicitadas pelo Fisco.

Nesse diapasão, outra não pode ser a conclusão senão a de que, a despeito de intimamente ligada às finalidades gerais do Estado, a Instrução Normativa RFB n° 802/07 não detém os pressupostos necessários para que possa ser efetivamente inserida em nosso ordenamento, motivo pelo qual apresentamos, com a devida vênia aos defensores da tese oposta, o nosso manifesto e fundado desejo pela declaração da inconstitucionalidade da referida norma pelo Colendo Supremo Tribunal Federal.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. **Código Tributário Nacional**, Colaboração de Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt, Livia Céspedes, Antonio Luiz de Toledo Pinto. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

A. SILVA, Eivany. **Considerações a Respeito do Sigilo de Dados**. São Paulo: Revista Dialética de Direito Tributário n° 61.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11 .ª ed., atualizada, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 11ª edição, 1999.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CASSONE, Vittorio. **Direito Tributário: fundamentos constitucionais da tributação, classificação dos tributos, interpretação da legislação tributária, doutrina, prática e jurisprudência**. 16.ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 8.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. **Princípios Constitucionais Tributários**. São Paulo: Cadernos de Pesquisas Tributárias, vol. 18., Ed. Resenha Tributária, 1993.

COVELLO, Sérgio Carlos. **O sigilo bancário como proteção à intimidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais n° 648, 1989.

\_\_\_\_\_. **O sigilo bancário**. São Paulo: Livraria Editora Universitária de Direito, 1991.

DE BASTOS, Celso Ribeiro. **As tendências do direito público no limiar de um novo milênio**. São Paulo: Saraiva, 1999.



HAGSTROM, Carlos Alberto. **O sigilo bancário e o poder público**. São Paulo: Revista de Direito Mercantil n° 79.

HUNGRIA, Nelson e Heleno Cláudio Fragoso. **Comentários ao Código Penal, Vol. VI**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

LYRIO PIMENTA, Paulo Roberto. **A quebra do sigilo bancário pelo Fisco: inconstitucionalidades da Instrução Normativa n° 802/2007 da Receita Federal do Brasil**. São Paulo: Revista Dialética de Direito Tributário n° 151, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 28.<sup>a</sup> ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MARQUES CARNEIRO, Daniel Zanetti. **Brevíssimas considerações acerca da IN/RFB n° 802/2007**. São Paulo: Revista Dialética de Direito Tributário n° 151, 2008.

MEDAUAR, ODETE. **Direito administrativo moderno**. 2.<sup>a</sup> edição revista e atualizada, São Paulo: Revista dos tribunais, 1998.

MELLO FILHO, Álvaro. **Dimensões Jurídicas do Sigilo Bancário**. Revista Forense, 1984.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais**. São Paulo: Dialética, 1998.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Tributário**. 10.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário**. Editora Livraria do Advogado, 1998.

PESSOA, Robertônio Santos. **Curso de direito administrativo moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SABBAG, Eduardo de Moraes. **Direito Tributário**. 10.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Premier Máxima, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 1993.

WALD, Arnold. **O Sigilo bancário e os direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas n° 22, 1998.

WALD, Arnold. **O sigilo bancário no projeto de lei complementar n° 70**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas n° 1, 1999.