

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Raisa Caixeta Meirelles

**O SIGILO BANCÁRIO NA LC 105/01 E O INTERESSE COLETIVO À LUZ DO
MODELO JURÍDICO-TRIBUTÁRIO BRASILEIRO**

MONOGRAFIA FINAL DE CONCLUSÃO DE CURSO

Brasília

2011

Raisa Caixeta Meirelles

O sigilo bancário na LC 105/01 e o interesse coletivo à luz do modelo jurídico-tributário brasileiro

Monografia apresentada à Universidade de Brasília,
como requisito parcial para a obtenção do título de
bacharel em Direito.

Orientador: Professor Valcir Gassen

Brasília

2011

RAISA CAIXETA MEIRELLES

O sigilo bancário na LC 105/01 e o interesse coletivo à luz do modelo jurídico-tributário brasileiro

Monografia apresentada à Universidade de Brasília,
como requisito parcial para a obtenção do título de
bacharel em Direito.

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

Prof. Valcir Gassen

Julgamento: _____ Assinatura:

Prof. Rafael Santos Barros

Julgamento: _____ Assinatura:

Prof. Alex Potiguar

Julgamento: _____ Assinatura:

MENÇÃO GERAL:

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Jesus Cristo que guiou todos os meus passos nessa difícil caminhada e andou junto comigo de mãos dadas, nunca me deixando sozinha ou desamparada.

Agradeço a Nossa Senhora, minha mãe Santíssima, por ajudar-me a ser perseverante e determinada, inspirando-me com seu lindo exemplo de fé e confiança.

Agradeço aos meus pais que me concederam o dom da vida, me educaram e cuja ajuda e dedicação foram fundamentais para essa grandiosa realização.

Agradeço à minha mãe que contribuiu enormemente para minha formação como pessoa, nunca medindo esforços para atingir o meu sucesso.

Agradeço ao meu pai que me inspirou com sua grande sabedoria e que sempre com tanto carinho e veneração dedicou-se à minha pessoa.

Agradeço ao meu noivo, Marcos Henrique, por haver caminhado ao meu lado durante todo esse longo período, sempre forte a me auxiliar em todos os momentos, e cujo apoio e dedicação me foram essenciais.

Agradeço aos meus professores que embarcaram de forma comprometida nesse projeto, contribuindo significativamente para o meu aprendizado.

Agradeço aos meus chefes, pois foram pessoas que me deram oportunidades e contribuíram concretamente para a consolidação do meu aprendizado teórico, atuando como verdadeiros mestres, amigos, pacientes e cautelosos, nas diferentes etapas da minha formação.

Agradeço aos meus padrinhos, parentes e amigos, que me apoiaram em momentos difíceis desta caminhada, dedicando todo seu amparo, pois seu carinho e atenção foram fundamentais para a conclusão dessa importante etapa da minha vida.

Resumo da Monografia apresentada à Universidade de Brasília como requisito parcial necessário para a obtenção de título de bacharel em Direito

O sigilo bancário na LC 105/01 e o interesse coletivo à luz do modelo jurídico-tributário brasileiro

Raisa Caixeta Meirelles

Julho/2011

Orientador: Professor Valcir Gassen

Faculdade de Direito

O presente trabalho versa sobre a possibilidade de acesso aos dados bancários do contribuinte pelas autoridades e agentes fazendários, na forma da LC 105/01, sem necessidade de prévia manifestação do Poder Judiciário, frente à supremacia do interesse público.

De início, analisa-se o direito fundamental à intimidade e à vida privada, seu conceito e historicidade, enquanto matriz constitucional do sigilo bancário contida no inciso X do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Passa-se então à análise do sigilo bancário, seu conceito e fundamentos, bem como o seu caráter relativo, em face dos imperativos constitucionais da supremacia do interesse público e da moralidade.

Por fim, analisa-se a LC 105/01 e os fundamentos de sua constitucionalidade.

Palavras-Chave: *intimidade, vida privada, sigilo bancário, inciso X do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, relativização, supremacia do interesse público, moralidade, Lei Complementar 105/01, reserva de jurisdição, acesso aos dados bancários por autoridades fazendárias, constitucionalidade.*

Abstract of Monograph presented to University of Brasilia as a partial fulfillment of the requirements for the degree of Bacharel in Law

**BANKING SECRECY IN LC 105/01 AND THE COLLECTIVE INTEREST IN LIGHT
OF THE BRASILIAN LEGAL TAX MODEL**

Raisa Caixeta Meirelles

July/2011

Advisor: Professor Valcir Gassen

University of Brasilia

This paper deals with the possibility of access to bank information by the taxpayer and Farmers agents in the form of LC 105/01, without prior demonstration of the judiciary, against the supremacy of public interest.

At first, we analyze the fundamental right to privacy and private life, his concept and history, while constitutional array of banking secrecy contained in section X of article 5 of the Constitution.

From then to the analysis of banking secrecy, the concept and fundamentals, as well as its relative character, given the imperatives of constitutional supremacy of public interest and morality.

Finally, we analyze the LC 105/01 and the pleas of its constitutionality.

Keywords: *intimacy, privacy, bank secrecy, item X of article 5 of Federal Constitution of 1988, relativization, supremacy of public interest, morality, Complementary Law 105/01, reservation of jurisdiction, access to bank information by authorities farms constitutionality.*

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	08
2	A GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE E DA VIDA PRIVADA.....	09
2.1	Direito à intimidade e à vida privada: conceituação.....	09
2.2	Direito à intimidade e à vida privada: breve relato histórico.....	17
2.3	Direito à intimidade e à vida privada: o desenvolvimento de garantias fundamentais.....	21
3	O SIGILO BANCÁRIO.....	26
3.1	Conceito e Fundamentos.....	26
3.2	O sigilo bancário na Constituição Federal de 1988.....	33
3.3	O sigilo bancário na LC 105/2001.....	41
4	RELATIVIZAÇÃO DO SIGILO BANCÁRIO FRENTE À SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO DA TRIBUTAÇÃO.....	48
4.1	O interesse coletivo da tributação.....	48
4.2	O acesso aos dados bancários do contribuinte pelas autoridades e agentes fiscais tributários nos moldes da Lei Complementar n. 105/2001.....	58
4.3	A constitucionalidade dos artigos 5º e 6º da LC 105/01.....	65
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	70
6	REFERÊNCIAS.....	72

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versará sobre a constitucionalidade dos artigos 5º e 6º da LC 105/01, no que permitem às autoridades e agentes fazendários obterem acesso aos dados bancários do contribuinte, com base em criteriosa análise da medida.

Para tanto, será necessário verificar quais os fundamentos constitucionais do sigilo bancário, partindo-se da premissa de inserir-se a garantia no enunciado do artigo 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988, referente aos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada.

Passaremos então a analisar os limites em que se esbarra a garantia, a fim de verificar sua relatividade, pela ponderação de outros bens constitucionais de maior envergadura, notadamente o interesse coletivo e a moralidade, os quais devem orientar a atuação do Fisco e do contribuinte na relação jurídico-tributária estabelecida.

Por fim, analisaremos, sob enfoques doutrinário e jurisprudencial, a possibilidade de as autoridades fiscais obterem acesso aos dados bancários do contribuinte, sem necessidade de prévia manifestação do Poder Judiciário.

A grande importância do tema se revela em seu objetivo principal que é analisar a constitucionalidade dos artigos 5º e 6º da LC 105/01, que permite às autoridades e agentes fiscais o acesso aos dados bancários do contribuinte, sem prévia autorização judicial.

Para tanto, verificaremos até que ponto o sigilo bancário pode limitar a atuação do Fisco na realização de sua missão institucional de arrecadação, voltada para a realização da justiça distributiva e diante do imperativo constitucional da supremacia do interesse público na atualidade.

O trabalho envolve, portanto, a verificação do objeto do sigilo bancário, com vistas a analisar até que ponto merece respaldo sua oposição contra o Fisco, quando, na prática, as autoridades fiscais entram em contato com dados muito mais íntimos do contribuinte, os quais são inseridos no conceito maior do sigilo fiscal.

Veremos, nesse contexto, que não faz muito sentido a expressão “quebra de sigilo”, tão estimada pela jurisprudência e doutrina majoritárias, quando o que ocorre na

realidade é a mera “transferência de sigilo”, nada obstante se reconheça que ocorre ingerência no âmbito da intimidade e vida privada do indivíduo.

Com efeito, a relativização dos dados submetidos ao sigilo bancário apenas pode ocorrer quando presentes as situações autorizadoras previstas em lei e após serem preenchidos todos os requisitos desta.

Essa análise abre o caminho da reflexão sobre os bens jurídicos a merecerem maior proteção dentro do sistema. De um lado, tem-se a garantia do sigilo bancário, que emerge dos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada e, de outro, a moralidade e o interesse público que revelam uma outra gama de direitos individuais a serem realizados por meio da tributação.

Assim, considerando a sociedade atual, em que os avanços da tecnologia permitem um ritmo sempre mais intenso e acelerado das comunicações e transações financeiras, e a necessidade de se preservar a moralidade ante o caráter público da tributação, verificaremos que não é razoável sequer proporcional exigir que as autoridades fiscais se submetam à autorização judiciária para apuração e constatação das fraudes.

Dessa forma, a análise da constitucionalidade dos artigos 5º e 6º da LC 105/01 traz em seu bojo uma questão muito mais profunda, relacionada à própria opção política que se pretende adotar no sistema jurídico tributário brasileiro, e que passaremos a estudar com maior cautela.

2 A GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE E DA VIDA PRIVADA

2.1 Direito à intimidade e à vida privada: conceituação

A Constituição Federal de 1988 garante a inviolabilidade da intimidade e da vida privada no artigo 5º, inciso X.

Em que pese haver utilizado os dois termos separadamente, indicando que se tratam de categorias jurídicas distintas, a Constituição Federal não empreendeu diferenciar o conceito, conteúdo e alcance dos dois institutos, o que sequer foi feito pela legislação esparsa, ficando a cargo da doutrina e jurisprudência pátrias a definição teórica das duas categorias jurídicas.

Segundo BALTAZAR JÚNIOR¹, a doutrina e jurisprudência pátrias utilizam indistintamente os termos intimidade e vida privada, embora haja distinção substancial entre as duas garantias constitucionais, mormente considerando o tratamento diferenciado que a própria Constituição Federal de 1988 dispensa aos dois institutos.

Dessa forma, o autor entende que:

“Não há negar, de fato, a existência de traços comuns entre os direitos à vida privada e a intimidade, ambos fundados na dignidade humana, consubstanciados na exclusividade, entendida como a preservação, por parte do cidadão, de atos, fatos ou características suas em um âmbito exclusivo, alheio ao conhecimento de terceiros. Em outras palavras, o cidadão, no exercício de tais direitos, controla a acessibilidade sobre sua pessoa.”²

No dicionário Aurélio, intimidade é definida como “*qualidade de íntimo*”, que por sua vez, é aquilo “*que está muito dentro*” ou que “*atua no interior*”. Algo “*muito cordial*

¹ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2005, p. 24-25.

² BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2005, p. 25.

ou afetuoso ou que esteja estreitamente ligado por afeição e confiança”, podendo ser também aquilo “*que se passa ou efetua no interior da família, ou entre pessoas muito chegadas entre si*”.

Privacidade, por sua vez, é a qualidade daquilo que é privado. No Dicionário Larousse Cultural, privado pode ser entendido como o que não é público ou, em outro sentido, é algo pessoal e íntimo.

A intimidade deriva do latim *intimus* e se identifica com oculto, escondido, íntimo, segredo. Privacidade, por sua vez, deriva do latim *privatus* e significa privado, particular, próprio.

BALTAZAR JÚNIOR considera ser mais adequada a expressão *vida privada* ao invés de *privacidade*, uma vez que esta é um anglicismo derivado da expressão *privacy*, enquanto aquela é da tradição da língua portuguesa e foi consagrada na Constituição Federal brasileira.³

Como visto, nos dicionários, o conceito de *privado* também se confunde com o conceito de *íntimo*.

Todavia, o conteúdo da privacidade é mais amplo do que o da intimidade e o engloba. Privacidade é, assim, o gênero do qual intimidade é espécie.

Segundo SAMPAIO⁴, as *relações íntimas* indicam proximidade, contato físico ou sexual, já as *relações privadas* apenas indicam “relações entre iguais”.

GONZÁLES GAITANO preceitua que a vida privada designa a parte da vida que permanece oculta e afastada dos demais. A intimidade, por sua vez, por estar em uma zona de maior exclusividade, relaciona-se aos sentimentos, emoções, estados de ânimo e imanência, entendida esta como um fator de individuação e que permanece dentro do próprio agente, por ter nele o seu próprio fim. Refere-se, pois, à espiritualidade e caracteriza-se por ser imaterial.⁵

³ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: São Paulo, 2005, p. 24.

⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. Direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 269.

⁵ GONZÁLES GAITANO, Norberto. *El Deber de Respeto a La Intimidad*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, S.A. 1990, p. 18.

Segundo PAIANO⁶, a privacidade compreende três esferas do ser, aproximando-o gradativamente da intimidade.

Na primeira, observa-se uma zona de exclusão, em que aos terceiros não é admitido conhecer sobre aspectos específicos da vida da pessoa. Na segunda, também denominada esfera confidencial, a pessoa mantém relacionamento mais intenso com terceiros próximos a ela, aos quais admite acessar ou conhecer suas informações pessoais. Na terceira esfera, denominada esfera do segredo, a zona de exclusão se estreita, porquanto abrange a área mais reservada, sigilosa e “*as mais profundas manifestações espirituais da pessoa*”.⁷

BALTAZAR JÚNIOR⁸ leciona que os germânicos construíram a teoria das esferas, utilizando-se da imagem de círculos concêntricos, da seguinte forma:

“Na primeira formulação, de Hubmann, existiriam as **esferas da vida pública**, a **esfera da vida privada** (Privatsphäre) e a **esfera da vida individual** (Individualsphäre). A primeira como o campo a ser protegido de intromissões externas e a segunda abrangendo o direito ao nome, à imagem e à reputação. Henkel, a seu turno, desdobrou a esfera privada em outras três, uma **esfera privada em sentido estrito**; ladeada por uma **esfera da intimidade** (Vertrauenssphäre) ou **esfera confidencial** (Vertraulichkeitsphäre) e uma **esfera do segredo** (Geheimsphäre). Na primeira, estariam os dados e informações conhecidos por um número determinado de pessoas. Na segunda, mais restrita, o acesso se daria somente por pessoas íntimas ou de confiança, compreendendo o segredo profissional e o sigilo de correspondência. Por fim, no segredo, o acesso é excluído de todos os demais indivíduos.” (grifou-se)

Portanto, o direito de intimidade se diferencia da vida privada em termos de graus de exclusividade, sendo que na esfera da vida privada já haveria exclusão do acesso dos demais indivíduos e, na intimidade, o grau de exclusividade é ainda maior. Apenas na esfera individual vigoraria o princípio de exclusividade ou exclusão, em que os demais indivíduos e sequer o Estado poderia obter acesso.⁹

⁶ PAIANO, Daniela Braga. Mestranda do Curso de mestrado em Direito da UNIMAR – Marília – SP; Direito à Privacidade e à Vida Privada.

⁷ PRAIANO, Daniela Braga. Mestranda do Curso de mestrado em Direito da UNIMAR – Marília – SP; Direito à Privacidade e à Vida Privada.

⁸ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: São Paulo, 2005, p. 26.

⁹ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: São Paulo, 2005, p. 26.

A vida privada do indivíduo é, pois, o espaço de reservas não aberto ao domínio público e, portanto, não compreendido na zona ampla do direito à informação e seu conteúdo é determinado de acordo com a época e os valores sociais vigentes.¹⁰

Existe, claro, uma diferença entre os indivíduos de vida pública em relação aos demais, porquanto a vida daqueles será inevitavelmente revelada, havendo natural redução em seu espaço privado. Deve-se, todavia, ater aos limites da vida privada que podem ser revelados sem causar constrangimento, fator que varia em conformidade com a posição ocupada pelo indivíduo e a natureza e atualidade da informação¹¹.

Nesse sentido, JABUR¹² leciona que:

“Se as pessoas que consciente ou inconscientemente se expõem à publicidade, como atores, esportistas, músicos, inventores, políticos, porque se tornaram objeto de um legítimo interesse público, perdem a crosta exterior de sua intimidade, conservam, porém, o seu direito à intimidade, embora mais restrito, reduzido às manifestações essenciais da *soledade*.”

FERRAZ JÚNIOR¹³ preleciona que o conceito de vida privada é melhor compreendido quando em oposição ao conceito de vida pública. A vida privada, nesse sentido, insere-se num contexto de exclusão do que é público, em que o indivíduo se reserva a realizar os atos de sua vida particular, sem que haja conhecimento de terceiros:

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

¹⁰ PAIANO, Daniela Braga. Mestranda do Curso de mestrado em Direito da UNIMAR – Marília – SP; Direito à Privacidade e à Vida Privada.

¹¹ PAIANO, Daniela Braga. Mestranda do Curso de mestrado em Direito da UNIMAR – Marília – SP; Direito à Privacidade e à Vida Privada, p. 14.

¹² JABUR, Gilberto Haddad. Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada: conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2000, p. 293.

¹³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de Dados: o direito à privacidade e os limites a função fiscalizadora do Estado. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, 1993, p. 147.

Por outro lado, a esfera de intimidade caracteriza-se por ser aquele espaço indevassável da pessoa e que, por isso, somente pode ser compartilhada mediante autorização desta. É o espaço que cada um reserva para os seus segredos, particularidades, expectativas, os quais podem se reproduzir em recordações, memórias e diários. Constitui um lugar sagrado de que cada pessoa é titular exclusiva¹⁴:

“intimidade é o âmbito exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance da sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer comum). Não há um conceito absoluto de intimidade. Mas é possível exemplificá-lo: **o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis de pudor pessoal, o segredo íntimo cuja mínima publicidade constrange.**” (grifou-se)

BALTAZAR JÚNIOR apresenta como exemplos de manifestações da intimidade, as confidências, recordações pessoais, memórias, diários, relações familiares, lembranças de família, sepultura, vida amorosa ou conjugal, saúde física ou mental, afeições, entretenimentos, costumes domésticos, liberdade constitucional de consciência e de crença.¹⁵

Esse espaço de intimidade, segundo HADDAD¹⁶, permite ao ser humano um estado de solidão que o remete aos sentimentos de paz e de equilíbrio e o afasta do alarde e movimentação da vida moderna, resguardando-o dos olhares alheios.

SACCANI¹⁷ citando SOILBELMAN¹⁸ comenta que *“o direito de intimidade é um direito de personalidade, sob cuja proteção a vida íntima da pessoa não pode ser invadida e divulgada indebitamente, pelos diversos meios advindos da evolução tecnológica, ou por meio de publicação de fatos da convivência social.*

¹⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de Dados: o direito à privacidade e os limites a função fiscalizadora do Estado. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, 1993, p. 147.

¹⁵ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Revista do Advogado: São Paulo, 2005, p. 27.

¹⁶ JABUR, Gilberto Haddad. Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada: conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2000, p. 258.

¹⁷ SACCANI, Maurício Ribas. Advogado em Londrina/SP. Membro do Instituto de Direito Tributário de Londrina – IDTL. Especialista em Direito do Estado e Direito Tributário, e Direito Civil e Processo Civil pela UEL – Universidade Estadual de Londrina.

¹⁸ SOILBELMAN, L. Enciclopédia do advogado. Ed. Eletrônica, v. 2.0, sine loco: Elfez, 1998, passim.

Segundo MIRANDA¹⁹, a garantia de proteção da intimidade implica na liberdade de fazer e não fazer de cada um, sendo que cada indivíduo “*tem o direito de se resguardar dos sentidos alheios*”. O autor preceitua ainda que:

“direito ao sigilo é direito de personalidade nato; quando se exerce a liberdade de fazer e de não fazer, ou a de emitir ou não emitir o pensamento, a intimização, ou o segredo, que resulta do ato-fato do exercício de tais liberdades, é objeto de direito à intimidade ou de segredo”²⁰.

Dessa forma, todos os indivíduos possuem o interesse de serem resguardadas as suas informações pessoais, sendo que, em cada pessoa, o diâmetro da vida privada e da intimidade é distinto, de acordo com os valores sociais preservados por cada um.²¹

Há ainda que se distinguir a intimidade dos direitos à honra e à imagem. Assim, a honra pode consistir na idéia que a pessoa faz de si própria (honra subjetiva) bem como na idéia que terceiros fazem da pessoa (honra objetiva), sendo possível violar-se a honra sem violar a intimidade e vice-versa.²²

Isso ocorre porque a tão-só divulgação de fatos que a pessoa deseja preservar do conhecimento dos demais pode configurar violação de sua intimidade, sem, todavia, causar qualquer desonra. Da mesma forma, o ataque à honra pode ocorrer ressaltando-se um defeito físico da pessoa, que é visível e, portanto, exposto ao conhecimento comum de todos, não caracterizando, portanto, violação de um segredo individual²³.

Bem assim, a proteção da imagem e do nome independe da proteção da intimidade, porquanto são conteúdos da vida privada que se desenvolvem publicamente, aos olhos de todos. Por isso, existe possibilidade de uma pessoa ser fotografada em local público e, ainda que não autorize a divulgação de sua fotografia, não haverá violação do direito de intimidade.²⁴

¹⁹ MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. tomo VII, 2. Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, p. 124-132.

²⁰ MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. tomo VII, 2. Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, p. 124-132.

²¹ PAIANO. Idem, Ibidem. Cit., p. 15.

²² BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: São Paulo, 2005, p. 28.

²³ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: São Paulo, 2005, p. 28.

²⁴ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: São Paulo, 2005, p. 28-29.

BALTAZAR JÚNIOR propõe que o direito à vida privada se caracteriza pela exclusividade, cujo grau varia de acordo com a sociedade, o tempo e a pessoa de quem se trata, sendo possível considerar uma cláusula genérica de proteção, subordinada em certo grau às características da própria pessoa, se pública ou privada, aos comportamentos anteriores à divulgação e, por último, à existência de um interesse público na divulgação do fato considerado privado.²⁵

Nesse sentido, o autor propõe que o sigilo bancário é compreendido no âmbito da vida privada, citando como exemplo de manifestação da vida privada o sigilo bancário:

“Já no âmbito da vida privada podem ser vistos como manifestações o segredo profissional, a inviolabilidade da correspondência e do domicílio, o direito ao esquecimento, o sigilo financeiro e o tratamento de dados informatizados.”²⁶

Por outro lado, há autores que não fazem essa distinção, argumentando que o sigilo bancário compreende-se no âmbito do direito à privacidade, não podendo se distanciar de forma absoluta de nenhum dos direitos que compõem esse gênero:

“dentro do direito à privacidade o direito ao sigilo bancário é extraído com maior ênfase do direito à intimidade e do direito à vida privada, embora não se afaste dos direitos à honra e à imagem que integram o primeiro. É pelos direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, e como o direito ao sigilo bancário é extraído do gênero “direito à privacidade”, não pode se distanciar de forma absoluta de nenhum dos direitos que compõem o próprio gênero”.²⁷

De idêntica maneira, a jurisprudência pátria, liderada pelo Supremo Tribunal Federal, parece não definir exatamente o âmbito de atuação dos dois conceitos no que tange ao fundamento constitucional do sigilo bancário, utilizando indistintamente todos esses fundamentos para argumentá-lo:

“(…) Embora as atividades do TCU, por sua natureza, verificação de contas e até mesmo o julgamento das contas das pessoas enumeradas no artigo 71, II, da Constituição Federal, justifiquem a **eventual quebra de sigilo**, não houve essa determinação na lei específica que tratou do tema, não cabendo a interpretação extensiva, **mormente porque há princípio constitucional que protege a**

²⁵ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: São Paulo, 2005, p. 29.

²⁶ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: São Paulo, 2005, p. 26.

²⁷ FURLAN, Fabiano Ferreira. Sigilo Bancário. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2008, p. 52.

intimidade e a vida privada, art. 5º, X, da Constituição Federal, no qual está inserida a garantia ao sigilo bancário. (...)²⁸ (grifou-se)

Em que pesem as elucubrações teóricas acerca da inclusão do sigilo bancário ora na garantia constitucional da intimidade, ora na garantia de vida privada, parece-nos mais acertado, para os fins deste trabalho, admitir-se um *tertium genus*, em que o sigilo bancário, por compreender dados sobre a vida privada do indivíduo, no que tange às operações financeiras e bancárias, as quais revelam os seus planos e projetos futuros, abrangendo também situações particulares de sua vida íntima, insere-se genericamente no âmbito do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, encontrando nele seu fundamento, sem excluir do sigilo as garantias de inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

2.2 Direito à intimidade e à vida privada: breve relato histórico

O direito à intimidade e à vida privada foi inicialmente dimensionado em um contexto religioso e metafísico para depois ser internalizado pelos sistemas jurídicos.

Segundo DELGADO²⁹, São Tomás de Aquino definia a intimidade como sendo o “pensamento dos corações”, sendo compreendida como algo sagrado.

Por ser sagrada, a intimidade não poderia ser valorada pelo direito, e apenas seria revelada quando expressa publicamente por seu titular.³⁰

A compreensão do direito de intimidade, enquanto categoria jurídica, evoluiu historicamente com a luta do homem contra a arbitrariedade e esteve intimamente relacionada à busca pela liberdade e pela dignidade humana.³¹

²⁸ MS 22801, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2007, DJe-047 DIVULG 13-03-2008 PUBLIC 14-03-2008 EMENT VOL-023111-01 PP-00167 RTJ VOL-00205-01 PP-00161 LEXSTF v. 30, n. 356, 2008, p. 488-517.

²⁹ DELGADO, Lucredo Rebollo. El Derecho Fundamental a La Intimidad. Madrid, Dykinson: 2000, p. 39.

³⁰ DELGADO, Lucredo Rebollo. El Derecho Fundamental a La Intimidad. Madrid, Dykinson: 2000, p. 39.

O processo de positivação das garantias individuais de intimidade e privacidade remonta à Declaração Francesa dos Direitos do Homem, de 1789, que enunciou os direitos de liberdade, concebendo-os em duas acepções distintas: a primeira simbolizava o direito dos indivíduos em relação aos demais, significando um poder de agir limitado pelas liberdades alheias e, a segunda, simbolizava a liberdade dos cidadãos em relação ao Estado, significando um poder de agir limitado apenas pela lei.

Historicamente, os direitos de liberdade, dentre os quais se compreendem os direitos à intimidade e à vida privada, foram positivados para garantir que os cidadãos pudessem livremente atuar em sua esfera privada, dispondo de sua propriedade e de seus atos, sem a intervenção estatal, uma vez que esta havia marcado o período absolutista anterior contra o qual se rebelava.

A declaração francesa simbolizou, pois, a formalização dos direitos de liberdade, havendo GAUCHET³², em tradução da célebre obra de Benjamin Constant, declinado os seguintes esclarecimentos a seu respeito:

“Cidadãos das repúblicas, vassallos das monarquias, todos querem privilégios e ninguém pode, no estado atual das sociedades, deixar de querer isso. O povo mais afeito à liberdade em nossos dias, antes da emancipação da França, era também o povo mais afeito a todos os prazeres da vida; e queria sua liberdade principalmente porque via nela a garantia dos prazeres que venerava.

[...]

A nação não pensava que um aparte ideal em uma soberania abstrata valesse os sacrifícios que lhe pediam. Em vão repetiam-lhe com Rousseau: as leis da liberdade são mil vezes mais austeras do que é duro o jugo dos tiranos. Ela não aceitava essas leis austeras e, em seu descontentamento, pensava às vezes que o jugo dos tiranos seria preferível. A experiência a desenganou. **Ela viu que a arbitrariedade dos homens era pior que as piores leis. Mas as leis também devem ter limites.**” (grifou-se)

BERLIN³³, buscando definir dois conceitos de liberdade – a liberdade negativa e a liberdade positiva³⁴, assinalou que:

³¹ ANDRADE, Allan Diego Mendes Melo de. O direito à intimidade e à vida privada em face das novas tecnologias da informação, p. 2-3.

³² SILVEIRA, Loura. Traduzido da edição dos textos escolhidos de Benjamin Constant, organizada por Marcel Gauchet, intitulada De La Liberté chez les Modernes. (Le Livre de Poche, Collection Pluriel, Paris, 1980, p. 18)

³³ BERLIN, Isaiah. Quatro Ensaios sobre a Liberdade. in: Dois conceitos de liberdade. p. 146.

³⁴ Liberdade negativa, segundo Isaiah Berlin, é o mínimo espaço de liberdade em que o homem pode agir, sem ameaçar a liberdade alheia. Sob esse aspecto, o autor comenta que “temos de preservar uma área mínima de liberdade pessoal se não quisermos “degradar ou negar nossa natureza”. Não podemos permanecer livres em termos absolutos e precisamos deixar de lado uma parcela da nossa liberdade para preservar o

“se a essência dos homens é serem eles seres autônomos – autores de valores, de fins em si mesmos, dos quais a última autoridade consiste exatamente no fato de serem desejados livremente – então, nada é pior do que tratá-los como se não fossem autônomos, mas sim objetos naturais, criaturas à disposição de estímulos externos, cujas opções podem ser manipuladas por seus dirigentes, por ameaças de força ou ofertas de recompensas.”

O citado autor³⁵ produziu apropriado escólio, comentando a obra dos partidários do livre arbítrio – Locke e Mill, ingleses, e Constant e Tocqueville, franceses, em que ressaltou a necessidade de se preservar uma esfera de liberdade individual para a efetivação das finalidades humanas mais naturais, distinguindo a vida privada da pública:

“deveria haver uma certa área mínima de liberdade pessoal que não deve ser absolutamente violada, pois, se seus limites forem invadidos, o indivíduo passará a dispor de uma área demasiado estreita mesmo para aquele desenvolvimento mínimo de suas faculdades naturais que, por si só, torna possível perseguir, e mesmo conceber, os vários fins que os homens consideram bons, corretos ou sagrados. Segue-se daí a necessidade de traçar-se uma fronteira entre a área da vida privada e a da autoridade pública.” (grifo nosso)

A declaração expressa dos direitos de liberdade representou, pois, grande avanço, mas não impediu o ressurgimento de figuras autoritárias que reproduziram a limitação das liberdades formalmente garantidas.

Em 1948, os países integrantes da ONU reunidos em Assembléia-Geral ratificaram a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que garantia a inviolabilidade dos direitos à privacidade e à intimidade, corolários do direito de liberdade.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem simbolizou, por um lado, a limitação das arbitrariedades, na medida em que declarava direitos e, por outro lado, determinava que tais direitos deveriam ser observados e garantidos pela comunidade internacional, ante a real necessidade de concretização dos valores humanitários.

Na órbita dos direitos de liberdade, a declaração representou avanço do direito de intimidade, delimitando da seguinte forma a atuação do Estado:

restante.” (ibidem, p. 139) O autor ainda sugere que “A liberdade política nesse sentido é simplesmente a área em que um homem pode agir sem sofrer a obstrução de outros”. (ibidem, p. 136) Por outro lado, a liberdade positiva, nasceria do “desejo do indivíduo de ser seu próprio amo e senhor” e representaria o autodomínio do homem.

³⁵ ibidem, p. 137.

“Artigo 12 – ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques a sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito à proteção da lei.”

Segundo SILVA³⁶, seriam do ano de 1968, em uma Conferência dos Juristas Nórdicos, as primeiras tratativas sobre “*right of privacy*”. Para o autor, o direito à privacidade foi conceituado como sendo:

“o direito do indivíduo de ter a sua privacidade protegida contra: a) interferência em sua vida privada, familiar e doméstica; b) ingerência em sua integridade física ou mental ou em sua liberdade moral e intelectual; c) ataque à sua honra e reputação; d) colocação em perspectiva falsa; e) a comunicação de fatos irrelevantes e embaraçosos relativos à intimidade; f) o uso de seu nome, identidade ou retrato; g) espionagem e espreita; h) intervenção na correspondência; i) má utilização de suas informações escritas ou orais; j) transmissão de dados recebidos em razão de segredo profissional.”

A despeito de representar a preocupação com o direito à privacidade, a conceituação trazida pelos juristas nórdicos foi pouco rigorosa, uma vez que confundiu no direito de privacidade outros conceitos, como integridade, honra e reputação.

Como visto, o direito de intimidade foi inicialmente formulado, enquanto categoria jurídica, na França, decorrendo do ideal revolucionário de liberdade, e seu desenvolvimento histórico permitiu que ganhasse *status* de garantia constitucional, vindo posteriormente a ocupar espaço na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso X.

2.3 Direito à intimidade e à vida privada: o desenvolvimento de garantias fundamentais

³⁶ SILVA, Edson Ferreira da. Direito à intimidade. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998, p. 35.

Paralelamente à luta pela garantia e positivação dos direitos, ocorria também um movimento de transformação do Estado, em busca da racionalidade, que, por um lado, fortalecia o capitalismo e, concomitantemente, tornava mais rígidas as garantias declaradas.

Segundo salienta BOBBIO³⁷, a relação Estado x Indivíduo, na era moderna, é pautada por um Estado que se impõe a todo instante ao indivíduo, a partir da coerção legítima utilizando-se de mecanismos de controle social. O Estado adquire, então, a sua acepção moderna de monopolizador dos meios de violência legítima.

O processo de racionalização do Estado o vincula com maior rigor ao Direito, havendo Berkeley concluído celeberramente que “*o Estado como ordem social deve ser necessariamente idêntico ao Direito*”.³⁸

O Estado assumiu o papel de garantidor da lei e, portanto, da liberdade, formalmente enunciada, e sua atuação passou a submeter-se igualmente à lei. A lei tornou-se o liame entre o agir do Estado e a liberdade do cidadão.

Sob a lógica coercitiva do Estado, a liberdade positiva dos antigos – originada no desejo do indivíduo de ser seu próprio amo e senhor e, portanto, referente às ações autônomas desse mesmo indivíduo – foi abrindo espaço à liberdade negativa dos modernos – aquela em que o indivíduo age heteronomamente, segundo o ordenamento do Direito que lhe é imposto pelo Estado.³⁹

BOBBIO⁴⁰ propôs um estudo dos direitos, seguindo uma linha de evolução histórica, em que os direitos de liberdade, inseridos no contexto de desenvolvimento dos direitos civis e políticos, foram por ele denominados direitos de primeira geração.

A primeira geração de direitos inaugurou o paradigma de um Estado liberal e submisso à lei, por ser esta o único meio de garantir a liberdade dos indivíduos, porquanto limitava o espaço de intervenção estatal em sua esfera de intimidade.⁴¹

³⁷ BOBBIO, Norberto. In: A Era dos Direitos. Editora Campus: 1992.

³⁸ Berkeley. In: KELSEN, Teoria Geral do Direito e do Estado, 1990.

³⁹ BERLIN, Isaiah. Quatro Ensaios sobre a Liberdade. in: Dois conceitos de liberdade. p. 146.

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. In: A Era dos Direitos. Editora Campus: 1992.

⁴¹ BOBBIO, Norberto. In: A Era dos Direitos. Editora Campus: 1992.

Isso porque os direitos civis e políticos, para se realizarem, necessitam da lei, enquanto mecanismo social de legitimação capaz de impor ao Estado um dever de abstenção e garantir o exercício das liberdades individuais.⁴²

Segundo BONAVIDES⁴³, os direitos de liberdade foram os primeiros a estarem expressos formalmente nas constituições, apesar de sua concretização não haver acompanhado o mesmo ritmo, vindo a ganhar maior espaço apenas nos governos democráticos:

“Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.

Se hoje esses direitos parecem já pacíficos na codificação política, em verdade se moveram em cada país constitucional num processo dinâmico e ascendente, entrecortado não raro de eventuais recuos, conforme a natureza do respectivo modelo de sociedade, mas permitindo visualizar a cada passo uma trajetória que parte com frequência do mero **reconhecimento formal para concretizações parciais e progressivas**, até ganhar a **máxima amplitude nos quadros consensuais de efetivação democrática do poder**.” (grifo nosso)

Para esse autor, o indivíduo é titular dos direitos de liberdade, os quais representam faculdades ou atributos inerentes à própria pessoa e, por isso, são oponíveis ao Estado⁴⁴:

“Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como **faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade** que é seu traço mais característico: enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.”

Em oposição a esse modelo de Estado, durante o século XX, desenvolveram-se os direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos ou de segunda geração, os quais, segundo BONAVIDES, “*nasceram abraçados ao princípio da igualdade*”.⁴⁵

⁴² BOBBIO, Norberto. In: A Era dos Direitos. Editora Campus: 1992.

⁴³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 20ª edição. Malheiros Editores: São Paulo, 2007, p. 563.

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 20ª edição. Malheiros Editores: São Paulo, 2007, p. 563.

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. *ibidem*, p. 564.

Inicialmente, esses direitos orbitavam apenas na esfera especulativa da filosofia política, para somente após a II Grande Guerra virem garantidos formalmente nas Constituições.⁴⁶

A realização material dos direitos de segunda geração viria como resultado de uma atuação positiva do Estado, o que só seria possível a partir da mudança de paradigma do Estado Liberal para o Estado Social. Visava-se à consecução de uma sociedade mais justa e isonômica, cuja efetivação exigia uma atuação estatal comprometida com as questões sociais.⁴⁷

Para se alcançar o patamar idealizado de justiça e igualdade, o Estado necessitava de recursos, os quais nem sempre se apresentavam suficientes, o que, em certo momento, representou entrave ao desenvolvimento do novo modelo social.⁴⁸

Os direitos sociais enfrentaram um “*ciclo de baixa normatividade*”, nas palavras de Bonavides, pois, segundo ele, o Estado nem sempre consegue efetivar as garantias formalmente previstas, uma vez que as prestações materiais que estas exigem podem se tornar onerosas por fatores como exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos. O autor prossegue analisando que, após esse momento de pouca eficácia, os direitos sociais passaram a ser previstos em normas-programa, para depois adquirirem aplicabilidade imediata⁴⁹:

“De juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.”

Após o avanço dos direitos sociais, reforçou-se a idéia de necessidade de fortalecimento das instituições, dotando os direitos fundamentais de um novo conteúdo. Os

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. *ibidem*, p. 564.

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. *ibidem*, p. 564.

⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. *ibidem*, p. 564.

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. *ibidem*, p. 564.

direitos de terceira geração foram então idealizados em resposta à divisão do mundo em blocos econômicos e às atrocidades por ela geradas, como o holocausto dos judeus.⁵⁰

Esses direitos representam garantias institucionais e se expressam nos direitos à paz, ao meio ambiente sadio, ao desenvolvimento, à comunicação e no direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, os quais foram consolidados na Declaração dos Direitos Humanos de 1948, da ONU.⁵¹

Seguindo a análise histórica sugerida, os direitos de quarta geração sobrevivem, no final do século XX, em resposta aos anseios do mundo globalizado e neoliberal em meio a um cenário político de fragilidade do Estado nacional, porquanto, nas palavras de Bonavides, a filosofia de poder neoliberal é negativa e debilita os laços de soberania, ao mesmo tempo em que leciona uma *“falsa despolitização da sociedade”*⁵².

Nasce então outra geração de direitos, que se desdobram nos direitos à democracia, à informação, ao pluralismo, os quais possuem a missão de concretizar uma sociedade mais universal.⁵³

Os direitos da quarta geração realizam a máxima objetividade das demais gerações de direitos e a absorvem, sem retirar-lhe a subjetividade, porquanto neles se materializa o máximo grau de eficácia normativa dos outros direitos.⁵⁴

Nos Estados democráticos, esses direitos encontram sua maior concretização, uma vez que o próprio cidadão que legitima o Estado é também responsável por fiscalizar a realização das garantias constitucionais, por ser, conforme o descreve Bonavides, *“o centro de gravidade, a corrente de convergência de todos os interesses do sistema”*⁵⁵:

“na democracia globalizada, o Homem configura a presença moral da cidadania. Ele é a constante axiológica, o centro de gravidade, a corrente de convergência de todos os interesses do sistema. Nessa democracia, a fiscalização de constitucionalidade daqueles direitos enunciados – direitos, conforme vimos, de quatro dimensões distintas – será obra do cidadão legitimado, perante uma instancia constitucional

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. *ibidem*, p. 564.

⁵¹ BONAVIDES, Paulo. *ibidem*, p. 564.

⁵² BONAVIDES, Paulo. *ibidem*, p. 571.

⁵³ BONAVIDES, Paulo. *ibidem*, p. 564.

⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. *ibidem*, p. 564.

⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. *ibidem*, p. 572.

suprema, à propositura da ação de controle, sempre em moldes compatíveis com a índole e o exercício da democracia direta.”

O estudo das gerações de direitos apenas busca analisar historicamente o desenvolvimento das garantias do homem enquanto cidadão do Estado e a evolução da atuação deste rumo à efetivação daquelas garantias e jamais pode conduzir à falsa idéia de que as gerações precedentes ficaram ultrapassadas, porquanto continuam vivas e atuantes.

Assim, os Estados modernamente estruturados sob rígidos fundamentos normativos, adotando a linha de evolução histórica dos direitos, precisaram internalizar esses direitos em sua ordem jurídica, sob a forma de garantias constitucionais.

Segundo BOBBIO⁵⁶, todas as modernas declarações de direitos do homem contêm os direitos individuais tradicionais, os quais representam as liberdades e os direitos sociais.

A partir das declarações de direitos, a liberdade passou de direito divino e sobrenatural para garantia individual protegida sob o manto das constituições.

Estas, nos diferentes países, sagraram os direitos de liberdade, por meio do reconhecimento do direito à vida, à integridade física, à honra, à intimidade e à privacidade, os quais permaneceram como direitos inatos e vitalícios.⁵⁷

Segundo BONAVIDES, para que os enunciados contidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem se concretizem, é necessário que os países normatizem instrumentos de fortalecimento, havendo o autor produzido o seguinte escólio sobre o tema:

“A Declaração Universal dos Direitos do Homem é o estatuto de liberdade de todos os povos, a Constituição das Nações Unidas, a carta magna das minorias oprimidas, o código das nacionalidades, a esperança, enfim, de promover, sem distinção de raça, sexo e religião, o respeito à dignidade do ser humano.

A Declaração será porém um texto meramente romântico de bons propósitos e louvável retórica, se os países signatários da Carta não se aparelharem de **meios e órgãos** com que **cumprir as regras estabelecidas naquele documento de proteção dos direitos fundamentais** e sobretudo **produzir uma consciência nacional de que tais direitos são invioláveis**.⁵⁸ (grifo nosso)

⁵⁶ BOBBIO, Norberto. In: A era dos direitos. 1992, p. 21.

⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. *ibidem*, p. 578.

⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. *ibidem*, p. 578.

A inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem foi enunciada no art. 5º, X, da CF/88: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

A Constituição Federal Brasileira 1988 consagrou a inviolabilidade da intimidade e da vida privada e deixou esses direitos fora do alcance do poder constituinte reformador derivado, na medida em que inseriu no art. 60, § 4º, IV vedação a essa possibilidade.

3 O SIGILO BANCÁRIO

3.1 Conceito e Fundamentos

COVELLO⁵⁹ conceitua o sigilo bancário como a “*obrigação que têm os bancos de não revelar, salvo justa causa, as informações que obtenham em virtude de sua atividade profissional*”, à qual corresponde igual direito dos indivíduos de resguardarem essas informações.

FURLAN propõe uma diferenciação entre *dever jurídico* e *obrigação* e conclui que o sigilo bancário é, na verdade, “*o dever jurídico que têm as instituições financeiras de não revelar, salvo justa causa, as informações que venham a obter em virtude de sua atividade profissional*”⁶⁰, pois, segundo ele, as *obrigações* correspondem a “*situações de vinculação de uma pessoa a uma conduta específica*”⁶¹, enquanto o *dever jurídico* corresponde a situações de vinculação de uma pessoa a um comportamento genérico, como nos casos dos deveres gerais de abstenção nos direitos reais.⁶²

Em se tratando de um *dever jurídico de abstenção* e não meramente a uma *obrigação negativa*, o sigilo bancário abrange não apenas os dados numéricos de uma movimentação financeira, mas também as situações que estas podem revelar, tais como a orientação de vida da pessoa, seus gastos, lazer e patrimônio.⁶³

⁵⁹ COVELLO, Sérgio Carlos. S. C. O sigilo bancário como proteção à intimidade. Revista dos Tribunais. V. 648. P. 27. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 27.

⁶⁰ FURLAN, Fabiano Ferreira. Sigilo bancário. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2008, p. 19-22.

⁶¹ VARELA, João de Matos Antunes. Das obrigações em geral. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 1994, v. 1, p. 54.

⁶² VARELA, João de Matos Antunes. Das obrigações em geral. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 1994, v. 1, p. 54.

⁶³ VARELA, João de Matos Antunes. Das obrigações em geral. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 1994, v. 1, p. 54.

FURLAN⁶⁴ preceitua que a expressão *banco* foi substituída na atualidade por outra de conteúdo mais abrangente: *instituição financeira*. Esta inclui os bancos na acepção tradicional do termo e também as demais instituições de crédito.

Dessa forma, a expressão *sigilo financeiro* afigura-se mais adequada para uma abordagem científica do tema do que a expressão *sigilo bancário*, conquanto esta última em certa medida restringe o dever de sigilo ao reduzido âmbito das operações de crédito ocorridas no interior dos bancos, sem, no entanto, mencionar as modernas redes financeiras, as quais igualmente se submetem ao dever legal de sigilo, nos moldes do artigo 1º, § 1º da LC 105/01.

No presente trabalho, a expressão sigilo bancário será utilizada por ser a mais difundida e aceita, ressalvado o maior acerto técnico do termo sigilo financeiro.

BALTAZAR JÚNIOR⁶⁵ preceitua que o sigilo bancário⁶⁶ pode ser fundamentado em diversas balizas, dentre as quais:

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

O fundamento do uso ou costume comercial explica as origens históricas do sigilo bancário, segundo o qual o dever do banqueiro de guardar sigilo sobre os dados de seus clientes para preservar os interesses privados destes decorreria da prática reiterada e aceita socialmente.⁶⁷

Pelo fundamento contratual, o sigilo bancário advém de uma obrigação expressa ou tácita manifestada pela vontade do cliente de manter sigilo sobre seus dados revelados ao banco. Essa teoria vigora na Inglaterra, Bélgica e Suíça.⁶⁸ Todavia, é insuficiente para explicar situações em que não há contrato, como ocorre no pagamento de uma fatura em agência bancária por indivíduo que não é correntista. Além disso, essa teoria não explica o

⁶⁴ FURLAN, Fabiano Ferreira. Sigilo bancário. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2008, p. 19.

⁶⁵ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: Rio Grande do Sul, 2005, p. 57.

⁶⁶ O autor utiliza a expressão *sigilo financeiro*.

⁶⁷ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: Porto Alegre/RS, 2005, p. 58-59.

⁶⁸ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: Porto Alegre/RS, 2005, p. 58.

fenômeno do sigilo, uma vez que, apesar de a obrigação sempre poder ser pactuada com o banco, esta não se sobreporá às normas de ordem pública que determinam o fornecimento das informações que se deseja resguardar⁶⁹.

O fundamento extracontratual foi superado por abranger apenas os efeitos, mas não os fundamentos do dever de sigilo, baseando-se na responsabilidade da instituição financeira pelos prejuízos advindos da indevida divulgação dos dados bancários, nos moldes do artigo 927 do Código Civil de 2002. A responsabilidade civil pela divulgação dos dados a que a instituição financeira obtém acesso exclusivamente em virtude de suas atividades não pode nem deve ser excluída. Todavia, não é fundamento para explicar toda a dimensão do sigilo bancário⁷⁰.

O fundamento criminal também é parcial, na medida em que apenas reduz o fenômeno a um de seus possíveis e eventuais efeitos, que é o fato de constituir crime sua violação.⁷¹

O fundamento do segredo profissional é adotado na França, em Luxemburgo, Argélia e Portugal, sendo que o Código Penal Francês prevê como crime a violação do segredo.⁷²

BALTAZAR JÚNIOR, citando MÉJAN⁷³, ressalta que o fundamento do segredo profissional é afastado na Espanha, pelos seguintes argumentos:

“a) nem todos os que trabalham no banco são profissionais do banco; b) não há amparo legal para tanto; c) o banco não é um profissional, que exerce individualmente uma atividade, mas uma empresa comercial; d) os dispositivos penais a respeito, como a previsão do art. 154 do CP brasileiro, são meramente sancionadores e protegem interesses públicos, enquanto o objeto do sigilo financeiro são os interesses privados do cliente na sua intimidade financeira e do banco em viabilizar sua atividade.”⁷⁴

⁶⁹ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: Porto Alegre/RS, 2005, p. 58.

⁷⁰ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: Porto Alegre/RS, 2005, p. 58.

⁷¹ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: Porto Alegre/RS, 2005, p. 58.

⁷² BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: Porto Alegre/RS, 2005, p. 59.

⁷³ C. MÉJAN, Luis Manuel. El Secreto Bancario, p. 74.

⁷⁴ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: Porto Alegre/RS, 2005, p. 59.

Esse autor defende que, no Brasil, em que pesem os fortes argumentos no sentido de considerar o sigilo profissional como fundamento para o sigilo bancário, o parágrafo único do artigo 197 do CTN, segundo o qual “*A obrigação prevista neste artigo não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar sigilo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão*”, não exclui o dever de colaboração dos banqueiros com a autoridade fiscal, porquanto, segundo os argumentos de BALEEIRO⁷⁵, “*Não é, porém, o caso dos banqueiros, p.ex., que não estão adstritos às mesmas regras éticas e jurídicas de sigilo. Em princípio só devem aceitar e ser procurados para negócios lícitos e confessáveis*”.

O fundamento legal do sigilo bancário é a própria lei. Assim, quando o dever de sigilo vier expresso na legislação de determinado país, diz-se que o seu fundamento é legal, uma vez que embasado na lei.⁷⁶

Por outro lado, o fundamento do sigilo bancário será constitucional, quando o dever de preservá-lo estiver expresso na Carta Constitucional de um país.⁷⁷

Todos os fundamentos do sigilo bancário são importantes para explicá-lo, uma vez que o uso comercial parece estar na origem do instituto, evoluindo posteriormente para a regulamentação normativa, sendo possível, ainda nos sistemas normativos, a previsão do sigilo nos contratos privados, desde que estes não contenham previsões que frustrem normas cogentes de fiscalização. Por outro lado, mesmo que não haja previsão contratual de responsabilidade civil, esta persistirá nos casos em que a violação do sigilo acarrete prejuízos aos particulares.⁷⁸

Segundo HARADA⁷⁹, existem diversas teorias para explicar o sigilo bancário, destacando-se, dentre elas, as seguintes: a teoria consuetudinária, a teoria legalista, a teoria do sigilo profissional e a teoria do direito de personalidade.

⁷⁵ BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 551. No mesmo sentido: AZEVEDO, Noé. O Sigilo Bancário. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 315, p. 427-428, 1948.

⁷⁶ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: Porto Alegre/RS, 2005, p. 59.

⁷⁷ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: Porto Alegre/RS, 2005, p. 59.

⁷⁸ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: Porto Alegre/RS, 2005, p. 59-60.

⁷⁹ HARADA, Kiyoshi, sócio fundador da Harada Advogados Associados, Professor de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo. e-mail: kiyoshi@haradaadvogados.com.br. Sigilo Bancário. Em: <http://www.fiscosoft.com.br/a/23h8/sigilo-bancario-kiyoshi-harada>. Acesso em 6 de junho de 2011.

A teoria consuetudinária explica que o sigilo bancário tornou-se uma obrigação jurídica por ser uma prática prolongada no tempo. Nessa teoria, as atividades bancárias se identificam com os atos de comércio e, por isso, devem seguir o mesmo regime jurídico das práticas comerciais, persistindo o dever de preservação do sigilo, mesmo em países em que não há lei sobre o sigilo bancário.⁸⁰

Na teoria legalista, a própria norma legal define o sigilo bancário e o institui como obrigação jurídica.⁸¹

Na teoria do segredo profissional, o exercício da atividade bancária implica o acesso a informações relacionadas à esfera de intimidade das pessoas.⁸²

Na teoria do direito de personalidade, o sigilo bancário é a própria manifestação do direito à intimidade e à privacidade, que constituem elementos dos direitos de personalidade, comungando dessa teoria os doutrinadores João Bernardino Gonzaga, Milton Fernandes, José Serpa Santa Maria e Carlos Covello.⁸³

Por sua vez, FURLAN menciona a teoria contratualista, teoria da responsabilidade civil, teoria consuetudinária, teoria do segredo profissional, teoria da boa-fé ou do dever de lisura, teoria legalista, teoria da personalidade, teoria do interesse político, teoria do aspecto econômico, teoria do direito à intimidade dos bancos.⁸⁴

Pela teoria do interesse político, o autor entende que o sigilo bancário é preservado no plano interno para afirmar os princípios liberais e democráticos e, no plano externo, é a auto-afirmação de um Estado perante os demais.⁸⁵

⁸⁰ HARADA, Kiyoshi, sócio fundador da Harada Advogados Associados, Professor de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo. e-mail: kiyoshi@haradaadvogados.com.br. Sigilo Bancário. Em: <http://www.fiscosoft.com.br/a/23h8/sigilo-bancario-kiyoshi-harada>. Acesso em 6 de junho de 2011.

⁸¹ HARADA, Kiyoshi, sócio fundador da Harada Advogados Associados, Professor de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo. e-mail: kiyoshi@haradaadvogados.com.br. Sigilo Bancário. Em: <http://www.fiscosoft.com.br/a/23h8/sigilo-bancario-kiyoshi-harada>. Acesso em 6 de junho de 2011.

⁸² HARADA, Kiyoshi, sócio fundador da Harada Advogados Associados, Professor de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo. e-mail: kiyoshi@haradaadvogados.com.br. Sigilo Bancário. Em: <http://www.fiscosoft.com.br/a/23h8/sigilo-bancario-kiyoshi-harada>. Acesso em 6 de junho de 2011.

⁸³ HARADA, Kiyoshi, sócio fundador da Harada Advogados Associados, Professor de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo. e-mail: kiyoshi@haradaadvogados.com.br. Sigilo Bancário. Em: <http://www.fiscosoft.com.br/a/23h8/sigilo-bancario-kiyoshi-harada>. Acesso em 6 de junho de 2011.

⁸⁴ FURLAN, Fabiano Ferreira. Sigilo Bancário. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2008, p. 41-42.

⁸⁵ FURLAN, Fabiano Ferreira. Sigilo Bancário. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2008, p. 42.

Pela teoria do aspecto econômico, o sigilo é uma técnica de captação, na forma de apelo para entrada de recursos no país, como é o caso da Suíça.⁸⁶

Segundo a teoria do direito à intimidade dos bancos, o que se estaria a preservar é o interesse da instituição financeira de não revelar as informações obtidas em razão do exercício de suas atividades precípuas, mantendo-se o sigilo para preservar o interesse da própria instituição financeira.⁸⁷

Por sua vez, HARADA⁸⁸ entende que a explicação mais adequada para o sigilo bancário seria alcançada pela combinação entre a teoria consuetudinária e a teoria do segredo profissional.

Contrariamente à teoria da personalidade, o autor considera que a intimidade é imanente à condição humana, sendo que o homem já nasce titular desse direito personalíssimo e irrenunciável, diferentemente do sigilo bancário, que não é inerente ao homem, mas pelo contrário, há indivíduos que jamais o experimentam e atravessam toda sua vida sem abrir uma conta bancária ou fazer movimentações financeiras. Ademais, o autor defende que o sigilo bancário é renunciável pelo titular, que pode livremente dispor desse direito.

Vale, contudo, ressaltar que o dever de sigilo, nos moldes da LC 105/01, abrange inclusive os indivíduos que não possuem contas em banco, em que pese as ressonantes vozes da doutrina que consideram ser esta uma importante crítica à teoria da personalidade.

HARADA acrescenta que a maioria dos países prescreve a possibilidade de os agentes fiscais acessarem informações bancárias, com vistas a combater os crimes fiscais, envolvendo lavagem de dinheiro, tráfico de drogas e evasão de divisas. Segundo ele, a possibilidade de acessar os dados bancários dos contribuintes ocorre, nesses países, justamente com vistas a realizar o interesse público, investindo-se na maior eficiência do fisco

⁸⁶ FURLAN, Fabiano Ferreira. Sigilo Bancário. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2008, p. 42.

⁸⁷ FURLAN, Fabiano Ferreira. Sigilo Bancário. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2008, p. 42.

⁸⁸ HARADA, Kiyoshi, sócio fundador da Harada Advogados Associados, Professor de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo. e-mail: kiyoshi@haradaadvogados.com.br. Sigilo Bancário. Em: <http://www.fiscosoft.com.br/a/23h8/sigilo-bancario-kiyoshi-harada>. Acesso em 6 de junho de 2011.

para combater a criminalidade, sendo esta outra razão pela qual esse autor considera que o sigilo bancário não decorre do direito personalíssimo de intimidade.⁸⁹

Com base na teoria consuetudinária, HARADA considera que as atividades bancárias são, na verdade, atividades comerciais que devem seguir as regras do comércio. Assim, o sigilo decorre da própria natureza comercial das atividades desempenhadas pelos bancos, as quais, por serem atividades privadas, não podem ser divulgadas. Fundamentado na teoria profissional, o autor explica que o Estado exerce importante papel regulador desse sistema, por meio de normas que impõem e restringem certas condutas, como a divulgação dos dados bancários.⁹⁰

Pela conjugação das duas teorias, o autor defende que os bancos mantêm o sigilo das informações de seus clientes, seja por força do costume, seja por força da lei que os obriga a manter o segredo profissional.⁹¹

Com o respeito e acatamento devidos, entendemos ser mais acertada a teoria da personalidade, segundo a qual o sigilo bancário encontra suas bases nas garantias fundamentais da intimidade e da vida privada, dado o caráter restritamente privado das informações financeiras que o indivíduo deixa à disposição do banco, ao realizar qualquer operação abrangida pelo dever de sigilo.

3.2 O sigilo bancário na Constituição Federal de 1988

⁸⁹ HARADA, Kiyoshi, sócio fundador da Harada Advogados Associados, Professor de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo. e-mail: kiyoshi@haradaadvogados.com.br. Sigilo Bancário. Em: <http://www.fiscosoft.com.br/a/23h8/sigilo-bancario-kiyoshi-harada>. Acesso em 6 de junho de 2011.

⁹⁰ HARADA, Kiyoshi, sócio fundador da Harada Advogados Associados, Professor de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo. e-mail: kiyoshi@haradaadvogados.com.br. Sigilo Bancário. Em: <http://www.fiscosoft.com.br/a/23h8/sigilo-bancario-kiyoshi-harada>. Acesso em 6 de junho de 2011.

⁹¹ HARADA, Kiyoshi, sócio fundador da Harada Advogados Associados, Professor de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo. e-mail: kiyoshi@haradaadvogados.com.br. Sigilo Bancário. Em: <http://www.fiscosoft.com.br/a/23h8/sigilo-bancario-kiyoshi-harada>. Acesso em 6 de junho de 2011.

Ultrapassada a questão de averiguar as teorias explicativas do sigilo bancário, passamos a analisar especificamente o fundamento constitucional da garantia, se esta se encontra justificada no inciso X ou no inciso XII da Constituição Federal.

Em que pese a Constituição Federal de 1988 não conter previsão expressa acerca do sigilo bancário, há autores que entendem estar o sigilo bancário fundamentado no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, compreendendo-o como espécie do sigilo de dados.⁹²

Todavia, a doutrina e jurisprudência majoritárias⁹³ defendem o fundamento constitucional do sigilo, argumentando que o instituto está presente na Constituição Federal sob o abrigo das garantias constitucionais de inviolabilidade da intimidade e da vida privada, no artigo 5º, inciso X.⁹⁴

Ainda sobre estar fundamentado no inciso X, os doutrinadores divergem quanto ao sigilo bancário pautar-se no direito à intimidade ou no direito à vida privada, consoante analisamos anteriormente.

BALTAZAR JÚNIOR⁹⁵ entende que o sigilo bancário adstringe-se ao âmbito da vida privada, não estando compreendido na intimidade, por considerar que não existe um direito de *intimidade financeira*⁹⁶.

Em sentido contrário, a doutrina e jurisprudência majoritária consagraram o direito de intimidade e o direito à vida privada como fundamento constitucional do sigilo bancário, conforme foi analisado no capítulo anterior deste trabalho.

CHINEN defende o caráter patrimonial do sigilo bancário, opondo-se à tese do direito de personalidade.⁹⁷ Entretanto, o que se busca não é resguardar o patrimônio a que se refere, mas especificamente os dados ou informações reveladas à instituição financeira.

⁹² MARTINS, Ives Gandra da Silva. Sigilo bancário. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, 1995, n. 1, p. 20 e QUEZADO, Paulo; LIMA, Rogério. Sigilo bancário. São Paulo: Dialética, 2002, p. 32.

⁹³ Sendo essa a tese defendida pelo STF, MS n. 23.452-1/RS, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 16 de setembro de 1999, DJ 12 de maio de 2000, Pleno.

⁹⁴ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: Porto Alegre/RS, 2005, p. 60.

⁹⁵ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: Porto Alegre/RS, 2005, p. 60.

⁹⁶ A expressão intimidade financeira foi emprestada de Gonzáles Gaitano, para quem “A intimidade não se expressa em cifras”. (GONZALES GAITANO, Norberto. El Deber de Respeto a La Intimidad, p. 26).

Nesse viés, interessante pontuar que, mesmo em relação às pessoas cujo patrimônio seja negativo e estejam em débito com as instituições financeiras, o sigilo deve ser respeitado, uma vez que o que se busca é a proteção aos dados e informações particulares, e não preservação de caráter meramente patrimonial.

Nesse ponto, o sigilo bancário adquire ainda maior relevância, pois mediante acesso às movimentações financeiras, pagamentos e recebimentos, chega-se a outros dados particulares dos indivíduos, os quais vão além de sua situação patrimonial-bancária, sendo possível, acessando os dados bancários, conhecer situações da vida, que o indivíduo pretende preservar, como, por exemplo, doações, compras e relacionamentos amorosos.⁹⁸

Defendendo a tese contrária, HARADA⁹⁹ considera que o substrato constitucional do sigilo bancário não se encontra no inciso X, mas no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, *in verbis*:

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

[...]

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

A teoria da personalidade, fundamentada no artigo 5º, inciso X da CF/88, segundo ele, não explica de forma satisfatória o sigilo bancário, na medida em que o ordenamento permite a existência de uma rede integrada de troca de dados sobre o comércio em geral, com vistas à proteção do crédito, em que são revelados dados bancários dos indivíduos, como o número de sua conta, o cumprimento de obrigações financeiras, a emissão

⁹⁷ CHINEN, Roberto Massao. Sigilo bancário e o fisco. Curitiba: Juruá, 2006, p. 94.

⁹⁸ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: Porto Alegre/RS, 2005, p. 61.

⁹⁹ HARADA, Kiyoshi, sócio fundador da Harada Advogados Associados, Professor de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo. e-mail: kiyoshi@haradaadvogados.com.br. Sigilo Bancário. Em: <http://www.fiscosoft.com.br/a/23h8/sigilo-bancario-kiyoshi-harada>. Acesso em 6 de junho de 2011.

de cheques sem fundo, a troca de informações sobre o perfil econômico-financeiro dos clientes, à sua total revelia e sem qualquer preocupação com o resguardo de sua intimidade.¹⁰⁰

O autor entende que a teoria da personalidade relativiza o sigilo bancário das pessoas jurídicas, na medida em que a intimidade é mais amplamente divulgada e utilizada para proteger os direitos das pessoas físicas.¹⁰¹

Contrariamente ao entendimento do autor, FURLAN entende que as pessoas jurídicas, enquanto sujeitos ativos do sigilo bancário¹⁰², também estão amparadas pelas garantias constitucionais de intimidade e privacidade¹⁰³.

Diversamente, BALTAZAR JÚNIOR entende que, em relação às pessoas jurídicas, o fundamento constitucional para o dever de sigilo desloca-se para o artigo 170, inciso IV¹⁰⁴, segundo o qual:

“Art. 170. A **ordem econômica**, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, **observados os seguintes princípios**:

IV - **livre concorrência**.” (grifou-se)

Segundo esse autor, o sigilo bancário das pessoas jurídicas possui esteio no princípio constitucional da livre concorrência, sendo certo que o acesso às informações bancárias dessas pessoas pelos seus fornecedores, clientes ou concorrentes infringe o princípio em tela, na medida em que se tratam de informações privilegiadas sobre a situação financeira da empresa.¹⁰⁵

¹⁰⁰ HARADA, Kiyoshi, sócio fundador da Harada Advogados Associados, Professor de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo. e-mail: kiyoshi@haradaadvogados.com.br. Sigilo Bancário. Em: <http://www.fiscosoft.com.br/a/23h8/sigilo-bancario-kiyoshi-harada>. Acesso em 6 de junho de 2011.

¹⁰¹ HARADA, Kiyoshi, sócio fundador da Harada Advogados Associados, Professor de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo. e-mail: kiyoshi@haradaadvogados.com.br. Sigilo Bancário. Em: <http://www.fiscosoft.com.br/a/23h8/sigilo-bancario-kiyoshi-harada>. Acesso em 6 de junho de 2011.

¹⁰² Segundo o autor, sujeito ativos é aquele que passa a gozar da proteção do sigilo bancário na condição de beneficiário da proteção. (FURLAN, Fabiano Ferreira. Sigilo Bancário. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2008, p. 56).

¹⁰³ FURLAN, Fabiano Ferreira. Sigilo Bancário. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2008, p. 57.

¹⁰⁴ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 81.

¹⁰⁵ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 81.

Nessa esteira, BALTAZAR JÚNIOR defende que embora as pessoas jurídicas não possuam intimidade ou vida privada em sentido estrito, “*também merecem a proteção de manter fora do conhecimento alheio assuntos relativos aos seus negócios, em especial sua movimentação financeira*”.¹⁰⁶

Com fundamento no artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal de 1988, HARADA considera ainda que o sigilo bancário é absoluto, devendo-se interpretar restritivamente o dispositivo constitucional em comento, tendo em vista que este apenas relativiza a inviolabilidade das comunicações telefônicas e para fins exclusivamente penais e de investigação processual penal.¹⁰⁷

Com a devida vênia, a posição adotada pelo autor não se afigura a mais adequada, a um, porque o sigilo bancário, sendo um direito fundamental, não é absoluto e, a dois, porque as instituições financeiras no exercício de suas atividades preponderantes acessam dados íntimos de seus clientes, relacionados aos seus anseios e projetos pessoais, viagens, investimentos, em relação aos quais recai a proteção constitucional à intimidade e à vida privada.

Em que pesem as considerações do citado autor, a doutrina majoritária, bem como as cortes nacionais de controle constitucional e legal das normas, alinha-se à teoria da personalidade, considerando que o dever legal de guardar sigilo sobre as operações bancárias e financeiras decorre do direito constitucional à intimidade e à vida privada.

Sobre esse aspecto, BALTAZAR JÚNIOR considera que, estivesse o sigilo bancário pautado no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, não haveria possibilidade acessar esses dados para fins processuais extrapenais e sem prévio pronunciamento do Poder Judiciário.¹⁰⁸

Assim, não seria possível acessar os dados do sigilo bancário, no âmbito de processos administrativos fiscais, para a finalidade de arrecadação tributária, visando a coibir a evasão de divisas e a sonegação fiscal.

¹⁰⁶ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 81.

¹⁰⁷ HARADA, Kiyoshi, sócio fundador da Harada Advogados Associados, Professor de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo. e-mail: kiyoshi@haradaadvogados.com.br. Sigilo Bancário. Em: <http://www.fiscosoft.com.br/a/23h8/sigilo-bancario-kiyoshi-harada>. Acesso em: 6 de junho de 2011.

¹⁰⁸ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo bancário e privacidade. Editora Livraria do Advogado: São Paulo, 2008, p. 63-64.

Consideramos, pois, que a violação dos dados financeiros pode ocasionar a violação indireta da vida privada e íntima do indivíduo, que se deseja preservar do conhecimento alheio e manter em segredo absoluto, o que caracteriza nítida violação de uma garantia constitucional.¹⁰⁹

Destarte, afigura-se mais acertada a concepção segundo a qual o fundamento do sigilo bancário é encontrado nas garantias constitucionais de intimidade e vida privada, justamente porque os dados bancários podem revelar situações íntimas sobre as quais há legítimo interesse individual de manter fora do conhecimento de todos, bem assim da vida privada, ainda que nesta o grau de exclusividade seja menor.

Nessa esteira, BITTAR¹¹⁰ conceitua os direitos de personalidade como sendo direitos essenciais da pessoa e indissociáveis de sua personalidade. São direitos inatos e oponíveis contra o próprio Estado que deve reconhecê-los e resguardá-los:

“São direitos essenciais da pessoa, que constituem componentes indissociáveis de sua personalidade. São, pois, direitos inatos – como a maioria dos escritores atesta – cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um outro plano do direito positivo (a nível constitucional ou a nível de legislação ordinária), dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se volte: contra o arbítrio do Poder Público ou às incursões de particulares (no primeiro, como liberdades públicas; no segundo, como direitos da personalidade).

(...)

São direitos que transcendem, pois, ao ordenamento jurídico positivo, porque ínsitos na própria natureza do homem, como ente dotado de personalidade. Intimamente ligados ao homem, para sua proteção jurídica, independem de relação imediata com o mundo exterior ou outra pessoa.”

Os direitos de personalidade são, pois, oponíveis *erga omnes*, gerais, extrapatrimoniais, indisponíveis, intransmissíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, e inatos.¹¹¹

Segundo a teoria da personalidade, o sigilo bancário inclui-se na esfera da intimidade e da vida privada do indivíduo, compreendidas estas como o direito e garantia constitucional de ver resguardados os dados em relação aos quais existe legítima expectativa

¹⁰⁹ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. São Paulo: Editora Livraria do Advogado, 2005.

¹¹⁰ BITTAR, Carlos Alberto. O direito civil na constituição de 1988. 2. Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 47-48.

¹¹¹ FURLAN, Fabiano Ferreira. Sigilo Bancário. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2008, p. 54.

de manutenção do segredo, nos moldes do artigo 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

“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;”

O Superior Tribunal de Justiça vem se inclinando à teoria da personalidade, na experiência de elucidar as nuances do sigilo bancário, e sobre o tema já coleciona diversos julgados emblemáticos desse posicionamento, em que seus Eminentíssimos Ministros definem o sigilo bancário como sendo expressão da garantia fundamental de intimidade, senão veja-se:

“O contribuinte ou o titular de conta bancária tem direito à privacidade em relação aos seus dados pessoais, além do que não cabe ao Judiciário substituir a parte autora nas diligências que lhe são cabíveis para demandar em juízo.” (REsp 306570/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2001, DJ 18/02/2002, p. 340) (grifou-se)

“O sigilo bancário é garantido pela Constituição Federal como direito fundamental para guardar a intimidade das pessoas desde que não sirva para encobrir ilícitos.” (REsp 1060976/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 04/12/2009) (grifou-se)

Seguindo o mesmo entendimento, o Superior Tribunal Federal também vinha considerando que o sigilo bancário está inserto no conceito de intimidade, definido no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988, fazendo consignar essa tese em seus julgados. Confira-se:

“Embora as atividades do TCU, por sua natureza, verificação de contas e até mesmo o julgamento das contas das pessoas enumeradas no artigo 71, II, da Constituição Federal, justifiquem a eventual quebra de sigilo, não houve essa determinação na lei específica que tratou do tema, não cabendo a interpretação extensiva, mormente porque **há princípio constitucional que protege a intimidade e a vida privada, art. 5º, X, da Constituição Federal, no qual está inserida a garantia ao sigilo bancário.**” (MS 22801, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2007, DJe-047 DIVULG 13-03-2008 PUBLIC 14-03-2008 EMENT VOL-02311-01 PP-00167 RTJ VOL-00205-01 PP-00161 LEXSTF v. 30, n. 356, 2008, p. 488-517) (grifou-se)

“A QUEBRA DE SIGILO NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE DEVISSA INDISCRIMINADA, SOB PENA DE

OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INTIMIDADE. - A quebra de sigilo não pode ser manipulada, de modo arbitrário, pelo Poder Público ou por seus agentes. É que, se assim não fosse, a quebra de sigilo converter-se-ia, ilegitimamente, em instrumento de busca generalizada e de devassa indiscriminada da esfera de intimidade das pessoas, o que daria, ao Estado, em desconformidade com os postulados que informam o regime democrático, o poder absoluto de vasculhar, sem quaisquer limitações, registros sigilosos alheios. Doutrina. Precedentes. - Para que a medida excepcional da quebra de sigilo bancário não se descaracterize em sua finalidade legítima, torna-se imprescindível que o ato estatal que a decreta, além de adequadamente fundamentado, também indique, de modo preciso, dentre outros dados essenciais, os elementos de identificação do correntista (notadamente o número de sua inscrição no CPF) e o lapso temporal abrangido pela ordem de ruptura dos registros sigilosos mantidos por instituição financeira. Precedentes.” (HC 84758, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2006, DJ 16-06-2006 PP-00005 EMENT VOL-02237-02 PP-00206 RTJ VOL-00201-02 PP-00581 LEXSTF v. 28, n. 331, 2006, p. 419-435)

Nessa esteira, COVELLO¹¹² preleciona que os bancos, no exercício de suas atividades precípuas, ingressam na vida privada dos clientes, na medida em que obtêm informações privilegiadas acerca de sua situação patrimonial, relativas aos seus negócios particulares, planos, projetos e aspirações de vida, sendo que toda essa sorte de particularidades refere-se à esfera mais íntima da personalidade individual, pois abrangem as relações familiares, amizades, lazeres, convicções políticas e religiosas.

Sobre esses aspectos, PEREIRA¹¹³ entende que, na ordem constitucional vigente desde 1988, o sigilo bancário fundamenta-se no direito de intimidade, *in verbis*:

“não há como se deixar de conceituar o sigilo bancário partindo-se da premissa de que ele se insere em uma das manifestações do princípio constitucional da preservação da intimidade (art. 5º, X), ou seja, como sendo a garantia constitucional da inviolabilidade dos dados e informações referentes ao cidadão advindas do sistema bancário ou, de forma mais ampla, originadas das relações do cliente (particular) com o Sistema Financeiro Nacional”.

BALTAZAR JÚNIOR¹¹⁴ entende que o tema do sigilo bancário adquiriu maior vulto nos dias atuais, na medida em que a propriedade mobiliária assumiu maior importância

¹¹² COVELLO, Sérgio Carlos. O sigilo bancário como proteção à intimidade. Revista dos Tribunais. V. 648. P. 27. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 28.

¹¹³ PEREIRA, Frederico Valdez. Uma leitura constitucional da proteção ao sigilo bancário. Revista dos Tribunais. V. 804. P. 115. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 118.

¹¹⁴ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 20.

do que a propriedade imobiliária e, por isso, a quase totalidade dos negócios se realiza mediante intervenção dos bancos.

Dessa forma, o acesso às informações bancárias de uma pessoa física ou jurídica além de revelar sua situação financeira, também desvenda seus negócios, preferências, gastos, ingressos, hábitos e aquisições.

Em relação às pessoas jurídicas, o autor acrescenta que o acesso aos dados bancários pode inclusive burlar a livre concorrência se o acesso for obtido por um concorrente, fornecedor ou cliente.¹¹⁵

Esses registros da vida econômica e financeira do indivíduo contêm informações particulares e íntimas, as quais devem ser resguardadas sob o manto da garantia de inviolabilidade insculpida no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988.

3.3 O sigilo bancário na LC 105/2001

No plano infraconstitucional, o sigilo bancário foi inicialmente previsto de forma esparsa, estando presente em alguns dispositivos legais, como nos artigos 17 e 18 do Código Comercial de 1850, posteriormente revogados pelo artigo 2.045 do Código Civil de 2002, no artigo 144 do Código Civil de 1916, revogado pelo artigo 229 do CC 2002, no artigo 154 do Código Penal, nas Leis 8.021 e 8.033 de 1990, no artigo 18 da Lei 7.492/96, no Código de Processo Civil e em outras leis.¹¹⁶

A primeira regulamentação normativa do sigilo bancário foi trazida pela Lei Federal n. 4.595/64, estando o dever de sigilo previsto no artigo 38 do preceptivo legal.

¹¹⁵ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 20.

¹¹⁶ FURLAN, Fabiano Ferreira. Sigilo Bancário. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2008, p. 34.

Referida lei é anterior à Constituição Federal de 1988 e foi por ela recepcionada na forma de Lei Complementar por força do disposto no artigo 192 da Constituição Federal.

No § 1º do artigo 38 desta lei, instituía-se o segredo de justiça para as informações obtidas por meio do acesso aos dados bancários em processo judicial, restringindo-se o conhecimento dos dados às partes processuais.

Na sistemática do artigo 38, § 5º, o acesso aos dados bancários do contribuinte apenas poderia ser deferido pelo Poder Judiciário e pelo Poder Legislativo, sendo que, quando promovido pelo Poder Legislativo, deveria ser precedido de aprovação do plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal ou nas Comissões Parlamentares de Inquérito, por maioria absoluta dos seus membros. O Poder Executivo somente poderia acessar os dados bancários em processo judicial, mediante requerimento fundamentado.¹¹⁷

Sob a égide da Lei n. 4.595/64, vedava-se, portanto, o acesso direto pelas autoridades administrativas fiscais aos dados bancários, não se cogitando de incidência do artigo 197 do Código Tributário Nacional, sendo essa a interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça, que sedimentou o entendimento de que “(...) o sigilo fiscal não se equipara ao sigilo bancário e nem o absorve”.¹¹⁸

Em 10 de janeiro de 2001 entrou em vigor a Lei Complementar n. 105, revogando expressamente o artigo 38 da Lei n. 4.595/64 (artigo 13, da LC 105/01).

A Lei Complementar n. 105/01, no artigo 1º, define o sigilo bancário como sendo a obrigação imposta às instituições financeiras “*de conservar o sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados*”.

Essa obrigação abrange as instituições financeiras e seus funcionários, sendo vedado o fornecimento de informações, verbalmente ou mediante cópias, e o exame de quaisquer documentos, não importando se o contrato com o banco já foi cumprido, salvo para as hipóteses previstas em lei.¹¹⁹

¹¹⁷ FURLAN, Fabiano Ferreira. Sigilo Bancário. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2008, p. 34-36.

¹¹⁸ STJ, HC n. 7.618/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 3 de dezembro de 1998, DJ, 17 de fevereiro de 1999, quinta turma.

¹¹⁹ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: São Paulo, 2008, p. 74-80.

O dever de sigilo possui, segundo BALTAZAR JÚNIOR, abrangência objetiva, subjetiva e territorial.¹²⁰

Existe dever de sigilo, segundo disposição legal, em relação às operações ativas e passivas e os serviços prestados pelas instituições financeiras, sendo essa a abrangência objetiva.¹²¹

O § 1º do artigo 5º da LC 105/01 elenca um rol de quinze operações financeiras, sendo ampla a proteção garantida pela lei, a qual abrange empréstimos, depósitos, descontos, locação de cofre, custódia de títulos, valores recebidos por quem não é correntista e sequer mantém contrato com o banco, informações pré-contratuais, como dados constantes dos cadastros de quem solicita créditos.¹²²

Os extratos bancários também são alcançados pela garantia do sigilo bancário, além de outros dados, como a data de realização das operações financeiras e as declarações de bens feitas à instituição financeira, e informações, como saber se o indivíduo possui conta bancária, seu endereço e nome revelados à instituição financeira.¹²³

Reforça essa idéia a previsão contida no artigo 5º do Decreto n. 3.724/01, que regulamenta o artigo 6º da LC 105/01, segundo o qual “*as informações requisitadas na forma ali estabelecida compreendem, além dos valores individualizados dos débitos e créditos efetuados no período, também os dados constantes da ficha cadastral do sujeito passivo*”.¹²⁴

O sigilo alcança as pessoas físicas e jurídicas, brasileiras ou estrangeiras, residentes no país ou transeuntes, sendo essa a abrangência subjetiva.¹²⁵

¹²⁰ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Livraria do Advogado: São Paulo, 2008, p. 76-85.

¹²¹ Nas operações ativas, a instituição financeira é credora realizando distribuição de recursos, como no mútuo, desconto de títulos, antecipação, abertura de crédito e carta de crédito. Nas operações passivas, as instituições financeiras são devedoras e captam recursos, o que ocorre com o depósito, conta-corrente, redesconto. O aluguel dos cofres de segurança, a cobrança de títulos, a prestação de informações são serviços prestados pelas instituições financeiras. (BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Livraria do Advogado: São Paulo, 2008, p. 76)

¹²² BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: São Paulo, 2008, p. 77.

¹²³ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: São Paulo, 2008, p. 77-79.

¹²⁴ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: São Paulo, 2008, p. 79.

¹²⁵ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: São Paulo, 2008, p. 81.

O dever de sigilo abrange logicamente as contas de menores de idade, em relação aos quais existe especial proteção constitucional (artigo 227, da CF/88), no que tange a sua dignidade.¹²⁶

Contudo, em relação às pessoas jurídicas de direito público, entendemos não existir dever de sigilo, uma vez que estas são regidas pelo princípio constitucional da publicidade (artigo 37, *caput*, da CF/88), excetuando-se apenas a hipótese de haver interesse público na manutenção do segredo, consoante disciplina o artigo 5º, inciso XXXIII da CF/88, sendo essa a essência do seguinte julgado do Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região:¹²⁷

“PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES SOBRE RECURSOS PÚBLICOS AOS TRIBUNAIS DE CONTAS. ALEGAÇÃO DE SIGILO BANCÁRIO. INEXISTÊNCIA. 1. A recusa da instituição financeira em fornecer aos Tribunais de Contas as informações necessárias ao exercício da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades da administração direta e indireta, relativas aos recursos repassados a essas entidades, caracteriza ilegalidade e abuso de poder, porquanto a prestação delas não constitui quebra do sigilo bancário, uma vez que a atividade financeira do Estado não se acha coberta por qualquer espécie de sigilo, mas se submete à impositiva prestação de contas dos recursos públicos recebidos (Carta Magna, arts. 70/75) e ao princípio da publicidade de seus atos (Carta Magna, arts. 31, § 3º; e 37, *caput*). 2. Remessa a que se nega provimento.”¹²⁸ (grifou-se)

Nesse sentido, existe construtivo debate acerca do sigilo bancário relativo à movimentação de recursos públicos em contas de órgãos da Administração Pública, travado no bojo de Ação Civil Pública n. 0000234-34.2011.4.05.8402, ajuizada em 9 de junho de 2011 pelo Ministério Público Federal contra o Banco do Brasil, que tramita perante a 9ª Vara da Seção Judiciária de Caicó/RN, em que o Ministério Público Federal alega não haver sigilo a resguardar tais operações, enquanto o Banco do Brasil se nega a fornecer as informações requisitadas, ao argumento de estarem estas albergadas pela garantia constitucional do sigilo bancário.¹²⁹

¹²⁶ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: São Paulo, 2008, p. 81.

¹²⁷ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: São Paulo, 2008, p. 81.

¹²⁸ REO 1997.01.00.064042-0/PI, Rel. Juiz Federal Leão Aparecido Alves (conv.), Terceira Turma Suplementar (inativa), DJ p.78/79 de 11/03/2004.

¹²⁹ Em: <http://www.fatonotario.com.br/noticias/ver/2739/mpf-quer-fim-do-sigilo-bancario-em-contas-publicas>. Acesso em 21.6.2011.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre a não caracterização do sigilo bancário no fornecimento de dados relativos a empréstimos com recursos subsidiados pelo erário federal, devendo a questão cingir-se às luzes do dever constitucional de publicidade, quando o banco atuar na condição de executor de política creditícia e financeira do Governo Federal, conforme ementa que segue¹³⁰:

“EMENTA: - Mandado de Segurança. Sigilo bancário. Instituição financeira executora de política creditícia e financeira do Governo Federal. Legitimidade do Ministério Público para requisitar informações e documentos destinados a instruir procedimentos administrativos de sua competência. 2. Solicitação de informações, pelo Ministério Público Federal ao Banco do Brasil S/A, sobre concessão de empréstimos, subsidiados pelo Tesouro Nacional, com base em plano de governo, a empresas do setor sucroalcooleiro. 3. Alegação do Banco impetrante de não poder informar os beneficiários dos aludidos empréstimos, por estarem protegidos pelo sigilo bancário, previsto no art. 38 da Lei nº 4.595/1964, e, ainda, ao entendimento de que dirigente do Banco do Brasil S/A não é autoridade, para efeito do art. 8º, da LC nº 75/1993. 4. **O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas. A ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público - art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993. 5. Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público. Princípio da publicidade, ut art. 37 da Constituição. 6. No caso concreto, os empréstimos concedidos eram verdadeiros financiamentos públicos, porquanto o Banco do Brasil os realizou na condição de executor da política creditícia e financeira do Governo Federal, que deliberou sobre sua concessão e ainda se comprometeu a proceder à equalização da taxa de juros, sob a forma de subvenção econômica ao setor produtivo, de acordo com a Lei nº 8.427/1992. 7. Mandado de segurança indeferido.**”¹³¹ (grifou-se)

Nada obstante o entendimento acima sufragado, o § 3º do artigo 5º da LC n. 105/01 parece contrariar o raciocínio aqui defendido, na medida em que exclui da obrigação de fornecer informações à autoridade fiscal as movimentações financeiras da administração direta e indireta.¹³²

¹³⁰ Ementa sumariada no julgamento de Mandado de Segurança impetrado pelo Banco do Brasil S.A. contra ato do Procurador-Geral da República, em que este requisitou lista dos beneficiários de liberação de recursos, em caráter emergencial, ao setor sucroalcooleiro, em que o STF abriu a possibilidade de o Ministério Público acessar os dados bancários dos cidadãos para fins de investigação criminal, mediante relativização do sigilo bancário.

¹³¹ MS 21729, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/1995, DJ 19-10-2001 PP-00033 EMENT VOL-02048-01 PP-00067 RTJ VOL-00179 PP-00225.

¹³² BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: São Paulo, 2008, p. 82.

Deve-se ressaltar que a LC 105/01 aplica-se ao território nacional, sendo esta a abrangência territorial do sigilo bancário.¹³³

Contudo, considerando que os crimes fiscais de lavagem de dinheiro de bens ou valores provenientes de crime, normalmente são realizados mediante operações financeiras que se operam entre vários países, há necessidade de se requisitarem dos bancos nacionais informações relativas às remessas de valores feitas ao exterior, o que torna necessário também o intercâmbio de informações com as instituições financeiras estrangeiras, por meio de “*mecanismos de cooperação judiciária internacional*”.¹³⁴

Por fim, deve-se ater ao conceito de instituições financeiras para os efeitos previstos na LC 105/01.

A Lei Federal n. 4.595/64 define instituições financeiras no artigo 17, como sendo “*as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros*”, equiparando-se a estas “*as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual*” (parágrafo único do artigo 17).

Já no artigo 1º, § 1º da LC 105/01 há um rol das instituições financeiras, em relação às quais se aplica a obrigatoriedade de observância do dever de sigilo, ressaltando-se no inciso XIII a possibilidade de que outras sociedades poderão ser assim definidas pelo Conselho Monetário Nacional, sendo esse um aspecto relevante que confere maiores agilidade e perenidade ao diploma legal no afã de acompanhar a dinâmica do mercado financeiro.¹³⁵

Por sua vez, FURLAN¹³⁶ entendendo ser o sigilo bancário um dever jurídico, analisa o sujeito ativo, o sujeito passivo e o objeto do sigilo.

Sujeito ativo é o que goza da proteção jurídica do sigilo, podendo abranger pessoas físicas e jurídicas, nacionais ou estrangeiras, não existindo sigilo em relação ao titular do direito.¹³⁷

¹³³ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: São Paulo, 2008, p. 82.

¹³⁴ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: São Paulo, 2008, p. 82-85.

¹³⁵ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: São Paulo, 2008, p. 88.

¹³⁶ FURLAN, Fabiano Ferreira. Sigilo Bancário. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2008, p. 56-66.

Assim, os dados bancários podem ser revelados à própria pessoa protegida e, em casos específicos, a terceiros, como para os representantes legais dos menores, e para os representantes legais e administradores da pessoa jurídica, não podendo, neste caso, ser revelados aos sócios.¹³⁸

O sujeito passivo do dever de sigilo é a instituição financeira que deve proteger o sigilo, idéia que está intimamente ligada à teoria do segredo profissional, o que impõe, na contrapartida, a responsabilização civil e penal, em caso de violação.¹³⁹

O objeto do dever da relação jurídica é o próprio dever de sigilo que, segundo COVELLO, abrange não só o negócio realizado, mas também os outros dados com ele relacionados, *in verbis*:

“(...) não é só o negócio realizado que deve ficar em sigilo, mas também os informes que com ele se relacionam, os quais o Banco veio a conhecer por causa do exercício da profissão ou por ocasião desse exercício. Há fatos que o próprio cliente confia ao Banco para conseguir a realização de certa operação: dados pessoais, se pessoa física (endereço, estado civil, nome do cônjuge, ordenado, local de trabalho, relação de bens), dados eminentemente patrimoniais, se pessoa jurídica (situação contábil, balanço, rol de fornecedores, perspectivas de negócios, etc.). Mas há outros fatos que apesar de o cliente não os ter confiado ao Banco, chegam ao conhecimento deste por causa da operação realizada ou que se pretende realizar, como aspectos íntimos da vida particular do cliente.”¹⁴⁰

FURLAN entende que informações como a de ser determinada pessoa cliente ou não de um banco não são objetos de proteção do sigilo, por não violarem sua vida privada, mas antes constituem um ônus da vida em sociedade, como o fornecimento pela instituição financeira de informações cadastrais do cliente a credores de cheques.¹⁴¹

¹³⁷ FURLAN, Fabiano Ferreira. Sigilo Bancário. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2008, p. 56-58.

¹³⁸ FURLAN, Fabiano Ferreira. Sigilo Bancário. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2008, p. 56-58.

¹³⁹ FURLAN, Fabiano Ferreira. Sigilo Bancário. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2008, p. 58-63.

¹⁴⁰ FURLAN, Fabiano Ferreira. Sigilo Bancário. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2008, p. 63-66.

¹⁴¹ FURLAN, Fabiano Ferreira. Sigilo Bancário. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2008, p. 63-66.

4. RELATIVIZAÇÃO DO SIGILO BANCÁRIO FRENTE À SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO DA TRIBUTAÇÃO

4.1 O interesse coletivo da tributação

MEIRELLES¹⁴² preceitua que o *princípio do interesse público*, também denominado *princípio da supremacia do interesse público* ou *princípio da finalidade pública*, é de observância obrigatória para a Administração Pública, conforme deflui do artigo 2º, *caput* e parágrafo único, inciso II da Lei Federal n. 9.784/99.

A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à própria atuação do Estado, porquanto a existência deste apenas se justifica pela idéia de busca do interesse geral.¹⁴³

Desse princípio decorre o princípio da indisponibilidade do interesse público, por força do qual a Administração Pública não pode dispor do interesse coletivo ou renunciar aos poderes conferidos pela lei para a concretização desse interesse, uma vez que, sendo o Estado o único titular do interesse público, apenas a ele é dado criar leis autorizadoras de renúncia ou disponibilidade.¹⁴⁴

Sobre o princípio da supremacia do interesse público, MELLO¹⁴⁵ discorre:

“princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social”.

¹⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 34ª ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2008, p. 105.

¹⁴³ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 34ª ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2008, p. 105.

¹⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 34ª ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2008, p. 105.

¹⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 24ª ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2007, p. 93.

A Constituição Federal de 1988, em várias passagens, demonstra a supremacia do interesse público sobre o particular, sendo essa a essência do artigo 5º, inciso XXIII, artigo 170, inciso III, artigo 173, caput e § 1º, inciso I, artigo 182, § 2º, artigo 184, artigo 185, parágrafo único e artigo 186.

MELLO preceitua que o princípio constitucional do interesse público apenas pode ser cogitado dentro de parâmetros constitucionais e legais, não podendo ser utilizado fora desses limites, *“Donde, jamais caberia invocá-lo abstratamente, como prescindência do perfil constitucional que lhe haja sido irrogado, e, como óbvio, muito menos caberia recorrer a ele contra a Constituição ou as leis”*.¹⁴⁶

A Lei Federal n. 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, prevê expressamente o princípio do interesse público como balizador da atuação administrativa (art. 2º), disposição que também se aplica ao processo administrativo fiscal.

No âmbito do Direito Tributário, exsurge o interesse público da tributação, que consiste justamente na necessidade de angariar recursos para prover o Estado com vistas ao alcance do bem-comum. Nesse viés, VIOL¹⁴⁷ preleciona que:

“A tributação está inserida no núcleo do contrato social estabelecido pelos cidadãos entre si para que se alcance o bem-comum. (...) a tributação nasce para prover o bem-comum pela necessidade do homem de associar-se e criar vida política. Ela decorre da disposição do homem de viver em um Estado, dentro da visão Aristotélica de que o Estado é uma instituição natural e a mais ampla das associações humanas. E, nascendo com a finalidade primordial do financiamento do Estado por desejo da coletividade, uma vez instituída, a tributação adquire uma abrangência que influencia transversalmente todos os aspectos da vida na *Polis*, por ser ela um dos mais poderosos instrumentos de política pública mediante a qual os governos expressam suas ideologias econômicas, sociais, políticas e até morais.”

Por outro lado, o caráter privado do sigilo bancário se revela na medida em que este configura expressão do direito à vida privada, a qual consiste no direito individual de ver suas informações pessoais resguardadas do conhecimento alheio.

¹⁴⁶MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 24ª ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2007, p. 94.

¹⁴⁷ VIOL, Andréa Lemgruber. In: A Finalidade da Tributação e sua Difusão na Sociedade, p. 1.

Em que pese a natureza personalíssima da vida privada e, por conseguinte, do sigilo bancário, havendo legítimo interesse particular de preservação desse direito, o sigilo bancário não é absoluto, devendo ceder espaço à supremacia do interesse coletivo.

Seguindo essa linha de intelecção, COVELLO¹⁴⁸ entende que o sigilo bancário pode ser mitigado, e sobre o tema tece as seguintes considerações:

“O sigilo bancário não é absoluto. Ele possui limites legais e naturais que lhe estabelecem contornos. Em nosso ordenamento, o **sigilo cede ante o Poder Judiciário, ante o fisco e ante as comissões parlamentares de inquérito**. Trata-se de **derrogações expressas do sigilo** com escopo na ordem pública (art. 38, §§ 1º. A 3º., da Lei 4.595/64). Paralelamente, existem abrandamentos da obrigação fundados na vontade do titular do sigilo e na própria natureza da atividade bancária.” (grifou-se)

O sigilo bancário levado às suas últimas conseqüências é meio eficaz de propagação de ilícitos e de corrupção, refletindo-se, dentre outros, na prática indiscriminada do tráfico de drogas, exploração sexual, contrabando de armas e munições.¹⁴⁹

Acerca do caráter coletivo da arrecadação, CARNAÚBA¹⁵⁰ ressalta que os delitos que lesam o erário público ocasionam sérios desfalques nos serviços de assistência social, prejudicando, assim, os fins colimados pela finalidade pública da tributação. Confirma-se:

“Os delitos lesivos ao erário público causam a acentuação das disparidades sociais, pois as verbas públicas destinam-se à promoção do bem-estar social. Muitas das atividades por elas patrocinadas evitam a morte ou a miséria. É o caso do serviço médico gratuito, ofertado à população pelo Estado, assim como o ensino público, a construção de casas para a população carente etc. (...) Assim, ao mesmo tempo em que gera o enriquecimento ilícito de alguns, causa a morte de um sem-número de pessoas, porque, motivando o prejuízo ao erário, as verbas que este dispunha para patrocinar os serviços de assistência social resultam comprometidas.”

No mesmo sentido, ROCHA¹⁵¹:

¹⁴⁸ COVELLO, Sérgio Carlos. O sigilo bancário como proteção à intimidade. Revista dos Tribunais. v. 648. P.27. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 29.

¹⁴⁹ FURLAN, Fabiano Ferreira. Sigilo Bancário. Editora Fórum: Belo Horizonte 2008, p. 147.

¹⁵⁰ CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. Prova ilícita. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 87.

¹⁵¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Direito à privacidade e os sigilos fiscal e bancário. Interesse Público, Porto Alegre, n. 20, p. 13-43, jul./ago. 2003, p. 25-30.

“Cuidados? Sempre, pois os direitos fundamentais não permitem descuidos. Mas a sociedade também tem os seus direitos fundamentais, ao governo honesto, à transparência que torna efetivamente público o que é do povo, à ética na gestão da coisa de todos e ao comportamento legal de todos e de cada em relação ao Estado e, em especial, à sociedade.

O interesse público não pode ficar em desvalia diante do capricho do particular que se negue a dar a conhecer à pessoa estatal o que nada tem de secreto ou de oculto ou clandestino ao interesse legítimo do público.”

Assim que BALTAZAR JÚNIOR, fundamentando o direito ao sigilo bancário no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, considera tratar-se de um direito que pode ser mitigado frente a outros princípios de mesma importância¹⁵²:

“Do reconhecimento desse fundamento constitucional não decorre, porém, a conclusão de que a preservação do sigilo financeiro se converta em direito absoluto, pois a preservação da vida privada **tampouco é absoluta, podendo ser restringida por conta do direito à informação (CRFB, art. 5º, XIV), da fiscalização tributária (CRFB, art. 145, § 1º) ou de necessidades de segurança da sociedade.** Salta aos olhos o conflito existente entre o direito à informação e a liberdade de imprensa, de um lado, e a proteção da vida privada, de outro, muitas vezes resolvido em favor daqueles e em detrimento deste. No âmbito da fiscalização tributária, exemplifica-se com a prosaica e amplamente aceita atuação estatal do exame da bagagem do turista que chega do exterior pela fiscalização aduaneira. Por fim, a busca pessoal, prevista no art. 244 do CPP, evidentemente afeta intensamente a própria intimidade corporal do cidadão. Na mesma linha, o STF entendeu possível a interceptação da correspondência dirigida ao preso, por razões de segurança pública, por ato fundamentado da administração penitenciária (HC n. 70.814/SP, Rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, unanimidade, DJ 24.6.94, p. 16.649).” (grifou-se)

Por esse fundamento, o citado autor exclui a possibilidade de fundamentação do sigilo no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, pois se o sigilo bancário decorresse do inciso XII, não se cogitaria de sua relativização para finalidades extrapenais, haja vista que o referido dispositivo apenas admite a relativização no âmbito das investigações criminais ou para instrução processual penal.¹⁵³

Ressalta-se ainda que o inciso XII do artigo 5º constitucional refere-se à comunicação de dados, isto é, aos dados enquanto objetos de correspondência ou

¹⁵² BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: São Paulo, 2005, p. 64-65.

¹⁵³ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: São Paulo, 2005, p. 64.

comunicação, e não aos dados em si mesmos considerados, os quais se encontram respaldados pelo dever de sigilo.¹⁵⁴

Nesse sentido, JOBIM também considera que o sigilo bancário não se insere dentre as garantias contidas no artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal de 1988.¹⁵⁵

Isso porque, se quaisquer dados fossem protegidos pelo sigilo, mesmo em se tratando de dados no momento da comunicação ou registrados em suportes tais como fitas, disquetes, computadores, ficaria esvaziada a regra que possibilita o acesso a tais dados para fins de comprovação de ilícitos penais e administrativos.¹⁵⁶

Considerando que o sigilo bancário é uma das expressões da vida privada do indivíduo, este deve ceder espaço à preeminência do interesse público da tributação.

O interesse público, por sua vez, legitima a atuação estatal e o acesso aos dados bancários pelas autoridades fiscais, desde que respeitados os parâmetros legais, os quais serão analisados no momento oportuno.

Nesse viés, o princípio da proporcionalidade sobreleva-se como instrumento balizador na ponderação dos interesses conflitantes, de um lado o interesse coletivo e, do outro, o direito à vida privada, decompondo-se em três subprincípios, quais sejam: necessidade¹⁵⁷, adequação¹⁵⁸ e proporcionalidade em sentido estrito¹⁵⁹.

Sobre o princípio da proporcionalidade, COELHO¹⁶⁰ assim discorre:

¹⁵⁴ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: São Paulo, 2005, p. 62-63.

¹⁵⁵ JOBIM, Nelson. Sigilo Bancário e Fiscal no Brasil. In: seminário soluções para a execução fiscal no Brasil. Brasília: AJUFE, 2000, p. 95.

¹⁵⁶ JOBIM, Nelson. Sigilo Bancário e Fiscal no Brasil. In: seminário soluções para a execução fiscal no Brasil. Brasília: AJUFE, 2000, p. 95.

¹⁵⁷ Pelo subprincípio da necessidade, dentre vários meios possíveis, deve-se optar pelo mais suave ou menos gravoso. (BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: São Paulo, 2005, p. 48). Para Hesse, a constrição de um direito fundamental não é necessária quando um meio mais ameno seria suficiente para atingir finalidade idêntica. (HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, p. 255-256, os marginais 317-319).

¹⁵⁸ Pelo subprincípio da adequação, a limitação somente pode ser efetuada se apta a produzir o fim colimado, pois, do contrário, será considerada inconstitucional, o que deverá ser verificado no caso concreto. (BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: São Paulo, 2005, p. 48-49).

¹⁵⁹ Pelo subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, a limitação ao direito fundamental deve ser o meio mais proporcional, dentre os meios possíveis, para o fim colimado, na ponderação entre meio e fim. (BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: São Paulo, 2005, p. 48-49).

¹⁶⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 181-182.

“Utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das restrições de direitos – muito embora possa aplicar-se, também, para dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios – o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral de direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

No âmbito do direito constitucional, que o acolheu e reforçou, a ponto de impô-lo à obediência não apenas das autoridades administrativas, mas também de juízes e legisladores, esse princípio acabou se tornando consubstancial à própria idéia de Estado de Direito pela sua íntima ligação com os direitos fundamentais, que lhe dão suporte e, ao mesmo tempo, dele dependem para se realizar. Essa interdependência se manifesta especialmente nas colisões entre bens ou valores igualmente protegidos pela Constituição, conflitos que só se resolvem de modo justo ou equilibrado fazendo-se apelo ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, o qual é indissociável da ponderação de bens e, ao lado da adequação e da necessidade, compõe a proporcionalidade em sentido amplo.”

A ponderação levada a efeito pelo parâmetro constitucional da proporcionalidade é feita com vistas a garantir a máxima eficácia dos direitos fundamentais, não excluindo, todavia, a possibilidade de se promover o acesso aos dados sigilosos nos casos em que o interesse público o exigir.¹⁶¹

Assim é que o Decreto 3.724/01, que regulamenta o artigo 6º da LC 105/01, contém previsão expressa no § 6º do artigo 3º, no sentido de que o acesso dos dados bancários pela autoridade fazendária deve ocorrer com a estrita observância do princípio da razoabilidade.¹⁶²

Sobreleva-se ainda ao lado das garantias constitucionais da intimidade e da vida privada e em idêntico grau hierárquico, o princípio constitucional da moralidade, que se alinha ao interesse público da tributação, na medida em que orienta a Administração Pública a dar a devida destinação social aos recursos arrecadados, bem como o cidadão-contribuinte a agir em conformidade com a justiça distributiva da arrecadação. Nas palavras de VIOL:

“Na ausência dos valores morais, ela [a tributação] se reduz a meio para troca de interesses e benefícios particulares – e dá margem a reação contrária por parte da

¹⁶¹ O *locus* constitucional do princípio em tela, em que pese não haver previsão expressa, é o artigo 5º, § 2º da Carta Magna, onde se dispõe que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. No plano infraconstitucional, a Lei 9.784/99, faz menção expressa ao princípio no artigo 2º, inciso VI. (BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: São Paulo, 2005, p. 49-51).

¹⁶² BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: São Paulo, 2008, p. 51.

sociedade, à revolta contra governos, à desobediência civil e tributária generalizada.”¹⁶³

A tributação, tanto sob a ótica da atividade administrativa arrecadadora, como na ação do cidadão-contribuinte, deve se conduzir segundo os ditames constitucionais da moralidade, com vistas à realização do bem-comum, pois, do contrário, estará aberto o caminho para a corrupção e a prática indiscriminada de ilícitos.

Em que pese os requisitos da adequação somente serem aferíveis diante do caso concreto, sobre o atendimento da proporcionalidade em sentido estrito, BALTAZAR JÚNIOR tece as seguintes considerações¹⁶⁴:

“Em se cuidando da preservação da vida privada, a ponderação se dará, usualmente, com interesses coletivos, como o direito à informação e o interesse coletivo da arrecadação tributária e na apuração de fatos ilícitos. De lembrar, nesse ponto, que vivemos em um Estado social de direito, e o interesse do Estado, ao tributar, não se esgota na arrecadação, mas transcende para a aplicação dos recursos auferidos, até mesmo para a concretização de direitos fundamentais sociais, como a saúde, a educação, a assistência e a previdência sociais, os quais são direitos a prestações concretas, que demandam ação, e não mera omissão do Estado e, portanto, dependem da existência de recursos para sua efetivação. A Constituição do Império, aliás, já dispunha, em seu art. 179, XV, que: “Ninguém será isento de contribuir para as despesas do Estado em proporção de seus haveres”.”

Nesse viés, GARCIA considera que para alcançar o *status* de Estado Social e de Direito, o Estado deve ser antes um Estado fiscal, o que condiz intimamente com as idéias expressadas por VIOL, na medida em que a arrecadação é o instrumento que o Estado utiliza para a realização dos fins coletivos.

Dessa forma, PRODANOFF entende que o maior rigor na arrecadação deve vir como resultado de uma política tributária voltada para a realização do interesse coletivo e a distribuição da carga tributária, sem haver majoração de tributos.¹⁶⁵

Sobre a necessidade da arrecadação como forma de garantir a realização das finalidades precípua do Estado, BALTAZAR JÚNIOR considera fragilizado o argumento de

¹⁶³ VIOL, Andréa Lemgruber. In: A Finalidade da Tributação e sua Difusão na Sociedade, p. 14.

¹⁶⁴ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: São Paulo, 2008, p. 90.

¹⁶⁵ PRODANOFF, Cristina Rodrigues Leitão. Sigilo Bancário, p. 42.

que os recursos arrecadados são desviados ou mal-utilizados, conquanto a solução é, na verdade, o aprimoramento dos controles sobre os servidores ou agentes políticos responsáveis pela malversação dos recursos públicos e não a impunidade da sonegação¹⁶⁶.

Assim, considerando-se a possibilidade de acesso aos dados bancários do contribuinte pelo Fisco, apenas os excessos praticados devem ser coibidos, por meio da responsabilização civil e penal.¹⁶⁷

Demonstrando a prevalência do interesse público da tributação, em face do caráter privado do sigilo bancário, o primeiro julgado encontrado do E. STF é o RMS n. 1.047 e data de 6.9.1949, ementando-se que “*Os bancos não se podem eximir de ministrar informações, no interesse público, para o esclarecimento da verdade, essenciais e indispensáveis ao julgamento das demandas submetidas ao Poder Judiciário*”, para solucionar a discussão que consistia em:

“a negativa de dois bancos em fornecer informações constantes em seus registros sobre os réus em ação de indenização promovida por empresa comercial contra empregados seus que teriam cometido fraudes contra a empresa, com base no segredo profissional. O STF, confirmando decisão anterior do Tribunal de Justiça, denegou a segurança, afirmando a primazia do interesse público.”¹⁶⁸

Em 23.1.1953, o STF mais uma vez reafirmou o caráter relativo do sigilo bancário, no julgamento do MS n. 1.959/DF, por entender que este não se sobrepõe ao interesse nacional, sequer pode ser utilizado para acobertar o crime ou atividades administrativas ilícitas. Confira-se:

“Não há, aliás, país do mundo civilizado que algum dia tenha sobreposto o interesse do sigilo bancário acima do interesse nacional. (...) Jamais se ouviu dizer que o segredo profissional pudesse encobrir crime ou atividades administrativas ilícitas”.¹⁶⁹

¹⁶⁶ Nesse sentido, o autor preleciona que se visa a resguardar também a livre concorrência (art. 170, IV, CF/88), na medida em que o empresário sonegador poderá ter preços menores do que aquele que recolhe corretamente seus tributos, o que caracteriza nítida concorrência desleal. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: São Paulo, 2008, p. 91.

¹⁶⁷ FURLAN, Fabiano Ferreira. Sigilo Bancário. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2008, pp. 148-152.

¹⁶⁸ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: São Paulo, 2008, p. 65.

¹⁶⁹ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: São Paulo, 2008, p. 65-66.

Historicamente, esses julgados representaram as primeiras expressões da relativização do sigilo bancário, frente às exigências do interesse público, no que tange à necessidade de comprovação de fatos ilícitos, para os quais a revelação dos dados bancários dos indivíduos seria medida necessária e essencial.

Após a vigência da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, julgando o RMS n. 15.925/GB, o Eminentíssimo Ministro Relator Gonçalves de Oliveira ressaltou a possibilidade de acesso aos dados bancários pelos servidores fazendários, ao invés de peritos em ações em que litigam particulares, pois¹⁷⁰: *“Não há perigo de devassa ou quebra de sigilo bancário, porquanto, como assinala o parecer, os Agentes Fiscais do Imposto de Renda são obrigados ao sigilo (art. 301, Decreto 47.373-59), sob pena de responsabilidade.”*

Ainda sobre o caráter relativo do sigilo bancário e a proporcionalidade do acesso aos dados bancários do contribuinte pelas autoridades fiscais diante de circunstâncias autorizadas, em 23.11.1994, o Eminentíssimo Ministro Relator Francisco Rezek, apreciando o tema entendeu que *“A quebra do sigilo bancário não afronta o art. 5º, X e XII da CF (...) a prova pretendida com as informações bancárias guarda relação de pertinência com o objeto das investigações.”* Na oportunidade, o Eminentíssimo Ministro Celso de Mello asseverou que *“o deferimento da quebra de sigilo bancário impunha-se como providência essencial à satisfação das finalidades inderrogáveis da investigação penal”*.¹⁷¹

Com efeito, BALTAZAR JÚNIOR sintetiza da seguinte forma o posicionamento do STF acerca do sigilo bancário, nos julgados anteriores à vigência da Lei Complementar 105/2001:

*“a) cuida-se de direito não-absoluto, podendo ser relativizado em favor do interesse público; b) o sigilo financeiro tem fundamento constitucional no inciso X da Constituição, especificamente na proteção da vida privada; c) a matéria não está submetida à reserva de jurisdição, podendo o sigilo ser quebrado por comissão parlamentar de inquérito; d) a relativização do direito fundamental requer decisão fundamentada com base empírica concreta na qual reste evidenciada a existência de indícios dos fatos, bem como da necessidade da medida.”*¹⁷²

¹⁷⁰ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: São Paulo, 2008, p. 66.

¹⁷¹ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: São Paulo, 2005, p. 68.

¹⁷² BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: São Paulo, 2005, p. 72.

Sobre a possibilidade de as autoridades fazendárias acessarem os dados bancários do cidadão-contribuinte, esse autor leciona que o acesso aos dados bancários pelas autoridades fiscais não promove a quebra do sigilo bancário, porquanto estas autoridades também se submetem ao dever legal de sigilo das informações obtidas no exercício de suas funções, operando, ao contrário, “*mera transferência de sigilo*”.¹⁷³

Nesse mesmo sentido, GRACIE, em voto proferido no julgamento da AC 33/PR¹⁷⁴, asseverou que não se trata de quebra de sigilo, porém, “*mera ‘transferência de sigilo’ dos Bancos ao Fisco*”, porquanto “*Os dados, até então protegidos pelo sigilo bancário, prosseguem protegidos pelo sigilo fiscal.*”

GRACIE¹⁷⁵ sinaliza ainda que:

“Aliás, o problema não está na possibilidade do acesso aos dados – admitido na quase totalidade dos países ocidentais sempre que seja importante para a apuração de evasão tributária, conforme estudo publicado pelo ex-Ministro do STJ José Delgado, na Revista de Estudos Tributários nº 22 -, mas na oportunidade, grau e medida da sua realização, questão a ser resolvida pela análise de proporcionalidade.”

Por sua vez, FURLAN assevera que a possibilidade de as autoridades fiscais acessarem os dados bancários do contribuinte decorre do interesse público na arrecadação e apuração de irregularidades “*como forma de garantir o pleno desenvolvimento do país na consecução de políticas públicas sociais*”.¹⁷⁶

A questão que então passaremos a analisar com mais afinco nos tópicos seguintes é justamente a relativização do sigilo bancário na forma dos artigos 5º e 6º da Lei Complementar 105/2001, que possibilitam o acesso a esses dados pelas autoridades fazendárias, sem necessidade de prévia manifestação do Poder Judiciário, medida esta que se encontra em perfeita harmonia com a Constituição Federal de 1988, respeitados os limites legais da atuação das autoridades fiscais.

¹⁷³ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: São Paulo, 2005, p. 66.

¹⁷⁴ AC 33 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010, DJe-027 DIVULG 09-02-2011 PUBLIC 10-02-2011 EMENT VOL-02461-01 PP-00001.

¹⁷⁵ GRACIE, Ellen. AC 33/PR, Voto.

¹⁷⁶ FURLAN, Fabiano Ferreira. Sigilo Bancário. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

4.2 O acesso aos dados bancários do contribuinte pelas autoridades e agentes fiscais tributários nos moldes da Lei Complementar n. 105/2001

Analisamos anteriormente que a LC 105/01 regulou o dever de sigilo bancário, entendido este como o dever das instituições financeiras de resguardarem o sigilo das operações ativas e passivas, bem como sobre os serviços prestados.

Por outro lado, referida lei reproduziu antiga controvérsia sobre o acesso pelas autoridades fiscais aos dados bancários do contribuinte sem necessidade de pronunciamento judicial, no bojo de processo administrativo ou procedimento fiscal em curso (art. 6º, LC 105/01).

Além dessa disposição, a lei possibilitou que o Poder Executivo, representado pelo Presidente da República, estabeleça as situações de repasse automático de informações acobertadas pelo sigilo bancário, sem necessidade de averiguação de qualquer ilícito tributário¹⁷⁷ (art. 5º, LC 105/01).

Em conjunto, os artigos 5º e 6º da LC 105/01 esboçam dois modelos distintos de acesso aos dados bancários do contribuinte no bojo das investigações fiscais.¹⁷⁸

O artigo 5º da LC 105/01 dispõe que¹⁷⁹:

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

Referido dispositivo foi regulamentado pelo Decreto n. 4.489, de 28 de novembro de 2002, cujo artigo 1º determina que as instituições financeiras assim, definidas na

¹⁷⁷ FURLAN, Fabiano Ferreira. Sigilo Bancário. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 181-182.

¹⁷⁸ BELLOQUE, Juliana Garcia. Sigilo bancário: análise crítica da LC 105/01. São Paulo: Saraiva, 2003, v.1, p. 95.

¹⁷⁹ Referido artigo foi regulamentado pelo Decreto n. 4.489/2002.

LC 105/01, devem prestar à Secretaria da Receita Federal do ministério da Fazenda informações sobre as operações financeiras realizadas pelos usuários de seus serviços.

O artigo 2º desse Decreto determina que as informações devem ser prestadas em arquivo digital e o seu conteúdo deve se restringir à identificação dos titulares das operações, aos montantes globais mensalmente movimentados, relativos a cada usuário, vedando-se a informação de qualquer elemento de identificação da origem e natureza dos gastos.

A doutrina tece severas críticas¹⁸⁰ sobre o acesso aos dados bancários do contribuinte na forma do artigo 5º da LC 105/01, ao argumento de que o dispositivo em tela “*confere um verdadeiro cheque em branco à Administração tributária da União*”¹⁸¹, uma vez que transfere a “*competência para fixar os critérios que deverão ser observados pelas instituições financeiras no fornecimento de dados relativos às operações financeiras efetuadas por usuários de seus serviços*”¹⁸².

Segundo CARRAZA¹⁸³, esse modelo foi adotado com vistas a evitar a fraude e a evasão fiscal, permitindo que, em qualquer hipótese o agente fiscal acesse os dados bancários do contribuinte sobre os quais pairar suspeita ainda que infundada, fato que caracterizaria a inconstitucionalidade do dispositivo.

No mesmo sentido, BELLOQUE¹⁸⁴ preceitua que:

“(…) há verdadeira inversão do padrão constitucional de restrição a um direito fundamental. Da exceção fundamentada, passa-se à regra totalmente independente de qualquer motivação; no lugar da quebra do sigilo financeiro visando à comprovação de indícios previamente demonstrados, assume a devassa indiscriminada à procura destes indícios.”

¹⁸⁰ As críticas se estendem aos §§ 3º e 4º desse artigo 5º, sendo que, no caso do § 4º, a possibilidade de quebra independe de haver qualquer indício de infração, *in verbis*: “Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.” (FURLAN, Fabiano Ferreira. Sigilo Bancário. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, pp. 182-183).

¹⁸¹ FURLAN, Fabiano Ferreira. Sigilo Bancário. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 181-182.

¹⁸² LARA, Victor Emanuel Alves de. Comentários à lei do sigilo bancário. São Paulo: LTr, 2006, p. 61.

¹⁸³ CARRAZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.417.

¹⁸⁴ BELLOQUE, Juliana Garcia. Sigilo Bancário: análise crítica da LC 105/01. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 97.

Por sua vez, o § 3º do artigo 5º¹⁸⁵, conforme analisado em momento anterior deste trabalho, não parece coadunar-se aos ditames do princípio da supremacia do interesse público, na medida em que possibilita que eventuais ilícitos cometidos por agentes públicos se obscureçam sob o respaldo da inviolabilidade do sigilo bancário.

Já o modelo previsto no artigo 6º da LC 105/01, na linha do revogado artigo 38 da Lei n. 4.595/64, consagrou a possibilidade de as autoridades fiscais obterem acesso aos dados bancários dos investigados no âmbito de processo administrativo ou procedimento fiscal em curso, examinando documentos, livros e registros de instituições financeiras, com a distinção de que, na nova lei, não é necessária a autorização judicial, podendo a autoridade fiscal acessar diretamente os dados bancários. Confira-se:

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

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

Esse dispositivo legal foi regulamentado pelo Decreto n. 3.724/01, que entrou em vigor na mesma data da lei. O § 6º do artigo 3º do Decreto em referência dispõe que o acesso aos dados bancários pela autoridade fazendária deve ocorrer com a estrita observância do princípio da razoabilidade, conforme dito alhures.¹⁸⁶

Nos moldes do dispositivo legal analisado, o acesso aos dados bancários do contribuinte pelas autoridades e agentes fiscais deverá atender a critérios formais, devendo ser feita por autoridade competente, mediante decisão fundamentada, com justa causa, no bojo de procedimento instaurado ou processo em curso¹⁸⁷, individualização do objeto e sujeito,

¹⁸⁵ “Não se incluem entre as informações de que trata este artigo as operações financeiras efetuadas pelas administrações direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.”

¹⁸⁶ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo Bancário e Privacidade. Editora Livraria do Advogado: São Paulo, 2008, p. 51.

¹⁸⁷ v. art. 2º, § 4º, do Decreto 3.724/2001.

devendo ser a medida indispensável¹⁸⁸, respeitados os princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório, ampla defesa e proporcionalidade, sem o que será arbitrária.¹⁸⁹

A autoridade competente será fixada pelo Secretário da Receita Federal do Brasil.¹⁹⁰

A exigência de individualização do objeto e do sujeito¹⁹¹ é necessária para fins de controle de legalidade da medida. Todavia, nem sempre a individualização é possível diante das circunstâncias fáticas, razão pela qual se deve nortear por um critério de razoabilidade para se admitir a identificação parcial do objeto e do sujeito, de maneira a não inviabilizar a apuração dos fatos.¹⁹²

Quanto à decisão que determina o acesso, esta deverá ser fundamentada com menção concreta dos fatos, não surtindo esse efeito despacho ou decisão com mera repetição do texto da lei, sem o que a decisão será nula.¹⁹³

A justa causa estará configurada quando houver necessidade de acessar os dados bancários devido aos indícios de irregularidade, mas não existir outro meio de prova para atingir o fim colimado.¹⁹⁴ A indispensabilidade da medida¹⁹⁵ consiste na necessidade do acesso aos dados bancários para a verificação do fato tributável.

Em se tratando de hipótese de acesso direto aos dados acobertados pelo sigilo bancário aventada no artigo 6º, será sempre necessária a existência de procedimento apuratório devidamente instaurado pela autoridade solicitante.¹⁹⁶ Por força do princípio da proibição do excesso, se as informações puderem ser conseguidas por outro meio diverso, o

¹⁸⁸ v. art. 2º, § 4º, do Decreto 3.724/2001.

¹⁸⁹ FURLAN, Fabiano Ferreira. Sigilo Bancário. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2008, p. 75-87.

¹⁹⁰ v. art. 2º, § 4º, do Decreto 3.724/2001.

¹⁹¹ V. art. 4º, § 7º do Decreto n. 3.724/2001.

¹⁹² Idem, Ibidem, p. 76-77.

¹⁹³ Idem, Ibidem, p. 78-80.

¹⁹⁴ FURLAN, Fabiano Ferreira. Sigilo Bancário. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2008, p. 78-80.

¹⁹⁵ V. art. 2º, § 5º, Decreto n. 3.724/2001.

¹⁹⁶ FURLAN, Fabiano Ferreira. Sigilo Bancário. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2008, p. 81-84.

acesso a esses dados não deve ocorrer, devido ao caráter fundamental do direito ali preservado.¹⁹⁷

A decisão que determina o acesso aos dados bancários do contribuinte pela autoridade fiscal deve ainda estabelecer o lapso temporal pelo qual é deferida a medida e conseqüente entrega das informações, não podendo ocorrer por prazo indeterminado.

Deve-se fixar, portanto, o prazo para cumprimento da diligência¹⁹⁸, o que deverá ser feito segundo o juízo da autoridade competente, conforme as peculiaridades e complexidade do caso concreto, bem como o número de pessoas envolvidas, podendo o pedido ser renovado ou aditado para inclusão de novo períodos ou novas contas.¹⁹⁹

A decisão deve ser proferida dentro do procedimento previsto em lei, com observância do princípio do devido processo legal, oportunizando-se à parte o exercício do contraditório e da ampla defesa.²⁰⁰

A decisão deverá ainda se pautar por um juízo de proporcionalidade, no sentido de somente admitir o acesso aos dados sigilosos quando esta medida for adequada, necessária e manejada segundo a ponderação dos bens constitucionais em jogo (proporcionalidade em sentido estrito), o que se alcança pela observância dos critérios acima explicitados.

Assim, verificados esses requisitos formais antes de proceder à quebra do sigilo bancário, haverá perfeita harmonia do ato administrativo com a Constituição Federal de 1988, na medida em que este se reveste do caráter de auto-executoriedade próprio do poder de polícia e visa à consecução da finalidade pública esboçada na arrecadação.²⁰¹

Em que pese a previsão legal de acesso aos dados bancários pelas autoridades e agentes fiscais da Receita, consagrou-se, na doutrina e jurisprudência pátrias, entendimento de que o acesso aos dados bancários do contribuinte, por ser medida restritiva de um direito fundamental à intimidade e à vida privada, apenas poderia ser efetivado mediante prévio

¹⁹⁷ FURLAN, Fabiano Ferreira. Sigilo Bancário. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2008, p. 84.

¹⁹⁸ V. art. 4º, § 7º do Decreto n. 3.724/2001.

¹⁹⁹ FURLAN, Fabiano Ferreira. Sigilo Bancário. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2008, p. 84-85.

²⁰⁰ FURLAN, Fabiano Ferreira. Sigilo Bancário. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2008, p. 85-87.

²⁰¹ PRODANOFF entende que a atuação dos agentes fiscais fundamenta-se no poder de polícia de dispõe a Administração Pública, p. 34-37.

pronunciamento judicial, órgão equidistante e apto a proferir um juízo imparcial de proporcionalidade.

A exceção a essa regra apenas foi aberta em relação ao Ministério Público, possibilitando-se o acesso aos dados bancários pelo *parquet*, além das Comissões Parlamentares de Inquérito.

O consagrado entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça vem dando ensejo à discussão sobre a constitucionalidade dos dispositivos legais analisados, preponderando a tese de que apenas o Poder Judiciário, órgão equidistante e imparcial, poderia deferir o acesso aos dados bancários do contribuinte pelo Fisco.

Contudo, conforme será analisado, existem outros fatores que devem ser sopesados, referentes ao dever de sigilo das autoridades fazendárias, ao interesse público da arrecadação, bem como à moralidade que deve conduzir toda a atividade do Fisco e do contribuinte, a fim de não acobertar sob o manto do sigilo bancário condutas deliberadamente ofensivas à finalidade pública.

A questão ainda não foi solucionada, porquanto não há pronunciamento definitivo, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, acerca dos referidos comandos legais.

É certo que, com os avanços advindos da tecnologia, os quais proporcionam maior agilidade das informações e possibilitam que um sem número de transações financeiras se realizem diariamente, é inconcebível a exigência de prévia autorização judicial para cada ato de fiscalização engendrado pelo agente fiscal, que, assim, estaria praticamente impossibilitado de realizar sua missão institucional.

Nesse sentido, PRODANOFF²⁰² preceitua que exigir da Fazenda Pública que exponha previamente ao Judiciário a necessidade do acesso aos dados bancários do contribuinte acarreta a própria ineficácia da medida, diante da grande agilidade das transações econômicas, pois impossibilita o acesso da instituição aos indícios de fraude, os quais, não raras vezes, estão escancarados nos dados que se pretende ocultar sob o pretexto de sigilo, *in verbis*:

²⁰² PRODANOFF, Cristina Rodrigues Leitão. Sigilo Bancário, p. 36.

“Exigir do Fisco que exponha ao Judiciário, previamente, a necessidade da medida, redundando na sua desnaturação e ineficácia, eis que, no mais das vezes, em função da dinâmica das relações econômicas, as próprias informações bancárias constituirão os indícios da evasão fiscal, pelo que não teria a Administração como apontar ao Judiciário, objetivamente, as suspeitas que recairiam sobre determinado contribuinte.”

Assim, considerando a velocidade em que se realizam os crimes financeiros na atualidade e a necessidade de rápida apuração desses fatos, exigir que a atuação do Fisco se submeta à morosidade do Poder Judiciário, restringindo-se a possibilidade de elucidação à reserva jurisdicional para que só então sejam adotadas as medidas necessárias, é quase impedir a realização do papel institucional da Receita e inviabilizar a efetivação da finalidade pública da arrecadação, medida que em nada se alinha à proporcionalidade e ao interesse público.

Deve-se partir sempre da premissa de uma atuação fiscal obediente aos ditames constitucionais de moralidade, em que apenas os excessos praticados devem se submeter ao controle jurisdicional posterior, uma vez que o Fisco também está obrigado ao dever de sigilo, não se podendo jamais afirmar, na linha do preceituado BALTAZAR JÚNIOR antes citado, que haveria quebra, porquanto o que se opera, na realidade, é a verdadeira transferência do dever de sigilo.

Dito em outras palavras, não admitir o acesso aos dados bancários do contribuinte pelo Fisco, sabendo-se antecipadamente que este também se submete ao dever de sigilo, é admitir que a atuação fiscal não está pautada na moralidade, presumindo-se a sua imoralidade, o que desnaturaria a própria função institucional da Receita, em prejuízo da finalidade pública da tributação.

De outro lado, a arbitrariedade e o excesso sujeitam o agente fiscal às penas previstas no artigo 10 da LC 105/01, que dispõe sobre a responsabilização penal do sujeito passivo²⁰³ que violar o dever de sigilo, caracterizando como crime a indevida divulgação dos dados obtidos ou o acesso e utilização destes fora das hipóteses previstas em lei.

Os responsáveis estarão sujeitos à pena de reclusão, sem prejuízo da responsabilização civil do agente ou autoridade. Confira-se:

²⁰³ FURLAN, Fabiano Ferreira. Sigilo Bancário. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2008, p. 58-63.

“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.”

Observa-se que a lei faz menção a quebra de sigilo. Todavia, conforme já se ressaltou neste trabalho, o termo não é adequado, uma vez que as autoridades fiscais sujeitam-se igualmente ao dever de sigilo em relação a esses dados. Nesse sentido, argumentou o Ilustre Ministro do Supremo Tribunal Federal, Dias Toffoli, no julgamento do RE 389.808/PR²⁰⁴: *“A Lei comete um ato falho, porque ela fala em quebra de sigilo. Na verdade, aqui, quando se fala em quebra, quer-se dizer transferência do dever de sigilo.”*

Além da responsabilização do agente, o ato praticado com excesso ou abuso de poder não se eximirá do controle judicial de legalidade, porquanto a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, enunciado no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988.

Abre-se então a controvérsia de saber especificamente se o acesso aos dados bancários pelas autoridades fiscais, para fins tributários, coaduna-se ao sistema constitucional vigente, das consagradas garantias de intimidade, vida privada e sigilo bancário frente ao princípio do interesse público.

4.3 A constitucionalidade dos artigos 5º e 6º da LC 105/01

A análise acerca da congruência dos artigos 5º e 6º da LC 105/01 com a Constituição Federal de 1988 perpassa duas questões fundamentais, a primeira, relativa ao caráter relativo ou absoluto do sigilo bancário enquanto direito fundamental e, a segunda,

²⁰⁴ RE 389808, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2010, DJe-086 DIVULG 09-05-2011 PUBLIC 10-05-2011 EMENT VOL-02518-01 PP-00218.

relativa à possibilidade do Fisco acessar os dados bancários do contribuinte sem prévia manifestação do Poder Judiciário.

Analisamos o direito fundamental à intimidade e à vida privada esboçados no inciso X do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, categoria na qual se insere o direito individual ao sigilo bancário, bem como verificamos o caráter relativo desse direito, que deve ceder frente ao imperativo constitucional da supremacia do interesse público, respeitados os ditames da proporcionalidade e da razoabilidade.

Sobre esse aspecto, o Supremo Tribunal Federal já sedimentou 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, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição”.²⁰⁵

COELHO²⁰⁶ é contundente ao afirmar a relatividade do sigilo bancário frente às exigências sociais de moralização tributária, jamais admitindo que a garantia individual de sigilo se reduza a esconderijo legal da criminalidade:

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

Por outro lado, o acesso aos dados bancários pelas autoridades e agentes fiscais sem prévia manifestação do Poder Judiciário foi questão de mérito do RE 389.808/PR²⁰⁷,

²⁰⁵ MS 23452, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ 12-05-2000 PP-00020 EMENT VOL-01990-01 PP-00086.

²⁰⁶ COELHO, Sacha Calmon Navarro. Princípios Constitucionais Tributários. Caderno de Pesquisas Tributárias. São Paulo: Resenha Tributária, 1993, v. 18, p. 100-101.

havendo o STF afastado a aplicação ao caso concreto do artigo 6º da LC 105/01, em sede de controle difuso de constitucionalidade, após cassar a liminar concedida pelo Eminent Relator da Ação Cautelar 33/PR, visando obter efeito suspensivo ativo ao recurso extraordinário em comento.²⁰⁸

Segundo PRODANOFF²⁰⁹, o fiscal do imposto de renda entra em contato com informações íntimas do contribuinte, referentes à sua renda, às fontes pagadoras, à atividade, ao cônjuge, aos nomes, idades e caracterização dos dependentes, e impõe a relação de pagamentos, despesas e doações e respectivos beneficiários, valores e natureza desses pagamentos. Por meio da atividade fiscalizadora, os fiscais acessam ainda informações sobre se houve doença na família, conhecendo despesas médicas do contribuinte e seus dependentes, o hospital ou clínica onde ocorreu o tratamento e o médico que o atendeu, existência ou não de pensão judicial a ser deduzida da base de cálculo do tributo e, analisando a sentença judicial que fixa a pensão, o fiscal tem acesso aos dados sobre o regime de guarda dos filhos do contribuinte, dentre outras informações que são mais íntimas do que aquelas obtidas acessando-se os dados bancários.

GRACIE pronunciou-se nesse mesmo sentido por ocasião do referendo à liminar concedida pelo Eminente Ministro Marco Aurélio nos autos da AC 33/PR, consignando que à Administração Pública “*são admitidas medidas muito mais ofensivas à*

²⁰⁷ RE 389808, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2010, DJe-086 DIVULG 09-05-2011 PUBLIC 10-05-2011 EMENT VOL-02518-01 PP-00218.

²⁰⁸ Antes disso o STF já havia se manifestado sobre o caráter relativo do sigilo e admitido, em caráter excepcional, o acesso aos dados bancários pelo Ministério Público para fins criminais e processuais penais, no julgamento do MS 21.729/DF, cuja ementa segue:

EMENTA: - Mandado de Segurança. Sigilo bancário. Instituição financeira executora de política creditícia e financeira do Governo Federal. Legitimidade do Ministério Público para requisitar informações e documentos destinados a instruir procedimentos administrativos de sua competência. 2. Solicitação de informações, pelo Ministério Público Federal ao Banco do Brasil S/A, sobre concessão de empréstimos, subsidiados pelo Tesouro Nacional, com base em plano de governo, a empresas do setor sucroalcooleiro. 3. Alegação do Banco impetrante de não poder informar os beneficiários dos aludidos empréstimos, por estarem protegidos pelo sigilo bancário, previsto no art. 38 da Lei nº 4.595/1964, e, ainda, ao entendimento de que dirigente do Banco do Brasil S/A não é autoridade, para efeito do art. 8º, da LC nº 75/1993. 4. O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas. A ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público - art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993. 5. Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público. Princípio da publicidade, ut art. 37 da Constituição. 6. No caso concreto, os empréstimos concedidos eram verdadeiros financiamentos públicos, porquanto o Banco do Brasil os realizou na condição de executor da política creditícia e financeira do Governo Federal, que deliberou sobre sua concessão e ainda se comprometeu a proceder à equalização da taxa de juros, sob a forma de subvenção econômica ao setor produtivo, de acordo com a Lei nº 8.427/1992. 7. Mandado de segurança indeferido. (MS 21729, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/1995, DJ 19-10-2001 PP-00033 EMENT VOL-02048-01 PP-00067 RTJ VOL-00179 PP-00225)

Outrossim, o Supremo já havia reconhecido a possibilidade de acesso aos dados bancários pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, no bojo da MS 23.851/DF.

²⁰⁹ PRODANOFF, Cristina Rodrigues Leitão. Sigilo Bancário. p. 39-40.

intimidade que a análise de movimentações bancárias”, correspondendo estas a “circunstâncias da vida em que o bem coletivo, a segurança de todos, a preservação e a repressão das infrações prevalecem sobre a conveniência individual, guardados critérios de necessidade, moderação e respeito”.

Na oportunidade, a Eminente Ministra manifestou-se favoravelmente à possibilidade de acesso aos dados bancários pelo Fisco, defendendo a constitucionalidade da LC 105/01, no que negou referendo à liminar, mantendo seu posicionamento por ocasião do julgamento de mérito do RE 389.808/PR.

Outrossim, considerando-se a inviolabilidade dos dados bancários, com fundamento nas garantias de intimidade e de privacidade, tomadas estas em sentido absoluto, o exercício da competência tributária estaria inviabilizado, porquanto o Fisco precisa entrar em contato com dados do contribuinte, tais como livros, arquivos, documentos e papéis, assim como escrituração comercial e fiscal e comprovantes de lançamentos, nos termos do artigo 195, *caput* e parágrafo único²¹⁰ do CTN, para fins de apurar os tributos devidos, bem como exercer a atividade de fiscalização.

De idêntica forma, as autoridades fiscais encarregadas da cobrança do tributo estão obrigadas por lei à realização desse mister, nos termos dos artigos 3º²¹¹ e 142, *caput* e parágrafo único²¹² do CTN.

A esse respeito, MELO²¹³ ensina que *“a administração tem o poder-dever de conhecer os elementos patrimoniais (bens, direitos e obrigações), os rendimentos de qualquer natureza e as atividades do contribuinte, que contenham substrato econômico”.*

²¹⁰ O art. 195 dispõe: “Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los. Parágrafo único. Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram.”

²¹¹ O art. 3º do CTN dispõe que: “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

²¹² O art. 142 preceitua que: “Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

²¹³ MELLO, José Eduardo Soares de. Direitos Fundamentais do Contribuinte. In: Pesquisas tributárias, nova série – 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 275-276.

GRACIE²¹⁴ assentou que, a par da existência de um direito fundamental ao sigilo bancário, existe um dever fundamental de pagar tributos. Confira-se:

“A inviolabilidade da vida privada e o sigilo de dados devem ser preservados, porque constitucionalmente assegurados, mas não como empecilho a uma tributação capaz de concretizar os princípios da pessoalidade e da capacidade contributiva, tampouco como escudo para o descumprimento do dever, também fundamental e constitucional, de pagar tributos”.

É certo que a Constituição Federal de 1988, nos termos do § 1º do artigo 145, facultou à administração tributária a identificação do patrimônio, rendimentos e atividades econômicas do contribuinte, para atender ao caráter pessoal dos impostos e ao princípio da capacidade contributiva²¹⁵.

O respeito aos direitos individuais, *in casu*, a garantia do sigilo bancário, consoante dispõe o preceptivo constitucional sob análise, já foi dito antes, é relativo e deve ceder ao imperativo constitucional do interesse coletivo.

Sob o dever do sigilo fiscal, o agente fazendário analisa os livros fiscais e contábeis da empresa, bem como toda a documentação que respalda a escrituração, conhecendo de forma detalhada as atividades realizadas pela empresa, incluídas as despesas que costuma realizar, fornecedores, compras, clientes e lucros²¹⁶, pelo que não há que se opor o sigilo bancário a essas autoridades, também em relação às pessoas jurídicas, pois estas são obrigadas a apresentar declarações, expedir documentos, manter livros e registros e tolerar a fiscalização.²¹⁷

GRACIE²¹⁸ consignou o entendimento de que o acesso pelas autoridades fazendárias aos dados bancários do contribuinte viabiliza o cotejo dos dados assim obtidos com os dados já anteriormente acessados pelas autoridades fiscais, por exemplo, nos livros

²¹⁴ GRACIE, Ellen. AC 33 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010, DJe-027 DIVULG 09-02-2011 PUBLIC 10-02-2011 EMENT VOL-02461-01 PP-00001.

²¹⁵ O art. 145, § 1º da CF/88 dispõe que, *in verbis*: “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.”

²¹⁶ PRODANOFF, Cristina Rodrigues Leitão. Sigilo Bancário, p. 40-41.

²¹⁷ GRACIE, Ellen. AC 33 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010, DJe-027 DIVULG 09-02-2011 PUBLIC 10-02-2011 EMENT VOL-02461-01 PP-00001.

²¹⁸ GRACIE, Ellen. AC 33 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010, DJe-027 DIVULG 09-02-2011 PUBLIC 10-02-2011 EMENT VOL-02461-01 PP-00001.

comerciais e fiscais, balancetes, registros e outros elementos, nos termos do artigo 195, *caput* e parágrafo único do CTN, no caso de pessoas jurídicas, não fazendo o menor sentido opor-se ao Fisco o sigilo desses dados.

De se fixar que o que se objetiva é possibilitar a realização do necessário cotejo de dados e cruzamento de informações, com vistas a verificar se as informações declaradas condizem com a realidade, diante de indícios de fraude.

Isso porque, sob pretexto de garantir um direito fundamental, no mais das vezes, o que se tenta é omitir a sonegação fiscal ao arripio das determinações constitucionais. A defesa se dá, portanto, em prol da criminalidade, o que não pode ser referendado pela lei.

Outrossim, os dados bancários acessados também estarão resguardados sob a obrigação de sigilo das autoridades fiscais, nos moldes do artigo 198 do CTN, não havendo quebra de sigilo, porquanto a divulgação dos dados obtidos permanece sendo vedada.

O acesso aos dados bancários do contribuinte não será feito de forma indiscriminada, à revelia dos critérios constitucionalmente exigidos de proporcionalidade.

Ao contrário, os artigos 5º e 6º da LC 105/01 determinaram que à autoridade fiscal somente é dado conhecer das movimentações bancárias do contribuinte se, para tanto, houver instaurado previamente processo administrativo ou haja procedimento fiscal em curso, devendo-se pautar em decisão fundamentada em que se externem todos os requisitos já analisados em tópico anterior deste trabalho.

GRACIE assevera que o princípio da eficiência a que se submete a fiscalização tributária consiste em que a arrecadação deve abranger *“tudo o que efetivamente for devido em conformidade com a lei, mas nada mais (art. 150, I, da Constituição)”*²¹⁹.

O sigilo bancário, como visto, fundamenta-se no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988 e não no inciso XII, porquanto neste dispositivo, há proteção à comunicação dos dados e não ao seu conteúdo.

Sendo assim, verifica-se que a Constituição reservou à análise do Poder Judiciário a comunicação de dados, mas não o fez em relação à intimidade e à vida privada²²⁰.

²¹⁹ GRACIE, Ellen. AC 33 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010, DJe-027 DIVULG 09-02-2011 PUBLIC 10-02-2011 EMENT VOL-02461-01 PP-00001.

Dessa forma, se não existe reserva de jurisdição, exige-se apenas a autorização legal para a medida restritiva, respeitado o princípio da proporcionalidade.²²¹

O que a LC 105/01 trouxe, portanto, foi a necessária limitação ao direito fundamental em apreço, coadunando-se aos comandos constitucionais da eficiência, moralidade e interesse público da tributação, sendo certo que os atos arbitrários e abusivos não estarão afastados do controle jurisdicional, porquanto desvirtuados da ordem jurídica, rendendo-se à cláusula constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

²²⁰ GRACIE, Ellen. AC 33 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010, DJe-027 DIVULG 09-02-2011 PUBLIC 10-02-2011 EMENT VOL-02461-01 PP-00001.

²²¹ BRANCO, Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 478.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analizamos, no presente trabalho, a possibilidade de acesso aos dados bancários do contribuinte pelas autoridades e agentes fazendários, nos moldes da LC 105/01, à luz dos princípios constitucionais da moralidade e da supremacia do interesse público sobre o privado.

Para tanto, verificamos que o direito ao sigilo bancário possui fundamento constitucional no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, em que são garantidas a inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

Por outro lado, analisamos que referida garantia não se insere no inciso XII do mesmo artigo constitucional, porquanto neste o que se tem é o resguardo à comunicação de dados, não ao conteúdo dos dados.

Dessa forma, foi possível concluir tratar-se o sigilo bancário de um direito fundamental e que, como tal, não é absoluto, cedendo espaço, no jogo de ponderação de interesses realizado sob as luzes da proporcionalidade, a outros bens jurídicos que, no caso concreto, se apresentarem mais fragilizados.

Assim sendo, diante da evolução tecnológica, a rapidez crescente das operações financeiras e da modernização das formas de burlar as obrigações tributárias por meio da sonegação fiscal e evasão de divisas, a análise do sigilo bancário ganha relevância social e jurídica.

Nesse contexto, as normas jurídicas devem acompanhar o ritmo da sociedade, no viés de garantir a realização do interesse coletivo, seja para garantir maior eficácia da tributação, seja para possibilitar a justa distribuição da carga tributária, partindo-se de um pressuposto maior de moralidade.

Deve-se atentar para o fato de que a proteção cega e absoluta das liberdades individuais, a pretexto de perpetuar o Estado Democrático de Direito, garantindo a desejada esfera individual de não intromissão do Estado e afastando as arbitrariedades daí advindas, não raras vezes, desmoraliza o processo democrático e gera graves injustiças, na medida em

que faz vistas grossas à criminalidade em prejuízo da justiça distributiva e acaba por ser tão ou mais arbitrária do que o modelo inicialmente repellido.

Com efeito, considerando os interesses sociais concretamente ameaçados, e analisando de forma razoável e proporcional a proposta da LC 105/01, consideramos ser desarrazoado exigir do Fisco submeter cada fiscalização ao crivo do Poder Judiciário, cujas decisões são lentas e não condizem com a rapidez com que se realizam os crimes que se visam a combater pela medida instituída.

Dessa forma, é razoável ponderar que as autoridades fiscais, no desempenho de suas funções, entram em contato com dados muito mais íntimos do contribuinte, pessoa física e jurídica, do que as informações íntimas que os dados bancários podem revelar, o que, no entanto, não descaracteriza a necessidade prática do acesso a estes últimos para fins de cotejo e análise do desrespeito à legislação tributária.

Com idêntico raciocínio, deve-se atentar para o fato de que os agentes fiscais também se obrigam ao dever de sigilo, sendo-lhes igualmente vedada a divulgação dos dados obtidos para outras finalidades diversas das autorizadas na legislação, razão pela qual não faz o menor sentido opor-lhes o sigilo bancário sob o pretexto de ser direito fundamental do contribuinte.

Isso porque ao lado do direito fundamental do sigilo, existem outros direitos fundamentais de outros tantos indivíduos que são seriamente ameaçados quando não se preza por uma tributação justa e moralizada.

O que se busca, portanto, ao considerar a constitucionalidade dos artigos 5º e 6º da LC 105/01 é a máxima eficácia dos interesses jurídicos de toda a coletividade, e não o robustecimento da sanha arrecadatória, porquanto a simples majoração de tributos jamais estaria apta a justificar qualquer restrição de direito, não fosse a realização da justiça distributiva.

Parece-nos, portanto, que, no atual cenário constitucional, é mais acertada a opção pela moralidade, pautada no combate à criminalidade e evasão de divisas, bem como na atuação transparente do Fisco, com vistas à realização do interesse público.

6 REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Noé. *O Sigilo Bancário*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1948.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.
- BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Sigilo Bancário e Privacidade*. Editora Livraria do Advogado: São Paulo, 2005.
- BELLOQUE, Juliana Garcia. *Sigilo bancário: análise crítica da LC 105/01*. São Paulo: Saraiva, 2003, v.1.
- Berkeley. In: KELSEN, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, 1990.
- BERLIN, Isaiah. *Quatro Ensaios sobre a Liberdade*. In: *Dois conceitos de liberdade*.
- BITTAR, Carlos Alberto. *O direito civil na constituição de 1988*. 2. Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20ª ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2007.
- CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CHINEN, Roberto Massao. *Sigilo bancário e o fisco*. Curitiba: Juruá, 2006.
- C. MÉJAN, Luis Manuel. *El Secreto Bancario*.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Princípios Constitucionais Tributários*. Caderno de Pesquisas Tributárias. São Paulo: Resenha Tributária, 1993, v. 18.
- COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Univ. de Direito, 2001.
- DELGADO, Lucredo Rebollo. *El Derecho Fundamental a La Intimidad*. Madrid, Dykinson: 2000.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de Dados: o direito à privacidade e os limites a função fiscalizadora do Estado*. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, 1993.
- FURLAN, Fabiano Ferreira. *Sigilo Bancário*. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2008.
- GONZÁLES GAITANO, Norberto. *El Deber de Respeto a La Intimidad*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, S.A. 1990.

HARADA, Kiyoshi, sócio fundador da Harada Advogados Associados, Professor de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo. e-mail: kiyoshi@haradaadvogados.com.br. *Sigilo Bancário*. Em: <http://www.fiscosoft.com.br/a/23h8/sigilo-bancario-kiyoshi-harada>. Acesso em 6 de junho de 2011.

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2000.

JOBIM, Nelson. *Sigilo Bancário e Fiscal no Brasil*. In: *seminário soluções para a execução fiscal no Brasil*. Brasília: AJUFE, 2000.

LARA, Victor Emanuel Alves de. *Comentários à lei do sigilo bancário*. São Paulo: LTr, 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 30ª ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Sigilo bancário*. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28ª ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, José Eduardo Soares de. *Direitos Fundamentais do Contribuinte*. In: *Pesquisas tributárias, nova série – 6*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. tomo VII, 2. Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Uma leitura constitucional da proteção ao sigilo bancário*. Revista dos Tribunais. V. 804. P. 115. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

PRAIANO, Daniela Braga. Mestranda do Curso de mestrado em Direito da UNIMAR – Marília – SP; *Direito à Privacidade e à Vida Privada*.

PRODANOFF, Cristina Rodrigues Leitão. *Sigilo Bancário*. Monografia Final de Especialização em Direito Processual Tributário. Rio de Janeiro, 2008.

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

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Direito à privacidade e os sigilos fiscal e bancário*. Interesse público, Porto Alegre, n. 20, p. 13-43, jul./ago. 2003.

SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 2ª ed. Editora Saraiva: São Paulo, 2010.

SACCANI, Maurício Ribas. Advogado em Londrina/SP. Membro do Instituto de Direito Tributário de Londrina – IDTL. Especialista em Direito do Estado e Direito Tributário, e Direito Civil e Processo Civil pela UEL – Universidade Estadual de Londrina.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

SILVEIRA, Loura. Traduzido da edição dos textos escolhidos de Benjamin Constant, organizada por Marcel Gauchet, intitulada *De La Liberté chez lês Modernes*. (Le Livre de Poche, Collection Pluriel, Paris, 1980).

SOILBELMAN, L. Enciclopédia do advogado. Ed. Eletrônica, v. 2.0, sine loco: Elfez, 1998, passim.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 1994, v. 1.

VIOL, Andréa Lemgruber. *In: A Finalidade da Tributação e sua Difusão na Sociedade*.

<http://www.fatonotorio.com.br/noticias/ver/2739/mpf-quer-fim-do-sigilo-bancario-em-contas-publicas>