



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UNB

**A RELATIVIZAÇÃO DO SIGILO BANCÁRIO ATRAVÉS DA
LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001 PELA RECEITA FEDERAL**

Cynthia Facundo Alencar Brasil

**Fortaleza
Maio – 2008**

CYNTHIA FACUNDO ALENCAR BRASIL

**A RELATIVIZAÇÃO DO SIGILO BANCÁRIO ATRAVÉS DA
LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001 PELA RECEITA FEDERAL**

**Monografia apresentada à Universidade de
Brasília – UNB, como exigência para a obtenção de
pós-graduação *lato sensu* em Direito Processual
Tributário, sob a orientação da Professora Adriana
Andrade Miranda e da co-orientação do Professor
Eduardo Gonçalves Rocha.**

**Fortaleza – Ceará
Maio – 2008**

CYNTHIA FACUNDO ALENCAR BRASIL

**A RELATIVIZAÇÃO DO SIGILO BANCÁRIO ATRAVÉS DA
LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001 PELA RECEITA FEDERAL**

Monografia apresentada à banca examinadora da
Universidade de Brasília - UNB - DF, adequada e
aprovada para suprir exigência inerente à obtenção do
grau de pós-graduação *lato sensu*.

Dedico esta obra a minha filha Lia e ao meu marido Iran que com muita compreensão abdicaram momentos de lazer para que eu pudesse terminar a presente monografia.

Agradeço a Deus, a minha família e aos meus amigos que sempre me incentivaram e torceram pelo meu sucesso. Em particular, agradeço ao meu marido pelo seu incondicional apoio.

Agradeço também ao meu orientador de metodologia Prof. Eduardo Gonçalves Rocha que me guiou nessa caminhada.

“A descoberta consiste em ver o que todo mundo viu e pensar o que ninguém pensou”.

A. Szent-Gyorgyi

RESUMO

Este trabalho apresenta a discussão da possibilidade da quebra do sigilo bancário através do exame de documentos, livros e registros das instituições financeiras ou a elas equiparadas nos moldes da Lei Complementar nº 105/2001, pela Receita Federal do Brasil. Primeiro aborda o conceito de sigilo bancário e sua natureza jurídica, depois se faz uma breve evolução histórica do sigilo bancário no Brasil. Posteriormente, mostra os principais argumentos a favor e contra a constitucionalidade da referida norma, concluindo que a transferência do sigilo bancário nos moldes da Lei Complementar nº 105/2001 não é inconstitucional, desde que a Receita Federal do Brasil tenha acesso apenas aos valores globais das movimentações financeiras dos contribuintes sem identificar a origem ou o destino de seus recursos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 DIREITO À INTIMIDADE, À PRIVACIDADE E AO SIGILO	12
1.1 Sigilo bancário	16
1.2 Sigilo fiscal	17
2 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA	19
3 A EXEGESE DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001	24
3.1 Exegese Contrária a lei Complementar nº 105/2001	26
3.1.1 O devido processo legal	26
3.1.2 O princípio da proporcionalidade	27
3.1.3 Reserva da jurisdição e inafastabilidade da jurisdição	29
3.1.4 Imparcialidade da administração	34
3.1.5 Valor global de movimentação financeira e violação de privacidade	35
3.2 Exegese a favor da Lei Complementar nº105/2001	36
3.2.1 Inexistência de direito absoluto	36
3.2.2 reserva de jurisdição e inafastabilidade do poder judiciário	37
3.2.3 Devido processo legal	38
3.2.4 Tensão entre princípios constitucionais	39
3.2.5 Transferência do sigilo bancário	40
3.2.6 Moralidade administrativa	41
3.2.7 Razoabilidade administrativa	43
3.2.8 Justiça fiscal e igualdade tributária	44
4 JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES APÓS A LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001	45
CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS	50

INTRODUÇÃO

Com as mudanças econômicas, sociológicas e tecnológicas surgidas na modernidade, principalmente com a chegada da globalização e da teoria do chamado Estado Mínimo, as relações econômicas, jurídicas e tecnológicas se modificaram de forma espetacular. Hoje, pode-se comprar um automóvel sem sequer sair de casa através da Internet, gerando títulos de crédito virtuais, que trafegam em sistemas eletrônicos gerando, no papel, apenas resultados. Podemos, ainda, efetuar pagamentos de tributos através da INTERNET.

Ao fazermos uma compra, no comércio local ou na Internet, ou ao fazermos uma consulta ao SERASA ou ao Serviço de Proteção ao Crédito - SPC, com o simples digitar do número do cartão de crédito obtemos a informação se o cliente tem crédito ou não, bem como suas informações cadastrais.

Com isso, os bancos de dados tornaram-se ferramentas obrigatórias de trabalho de qualquer empresário. De posse das informações a respeito de seu cliente, pode-se fazer perspectivas de vendas, verificar percentual de inadimplência, etc. A informatização e a criação de bancos de dados são preciosidades para o mundo empresarial.

Infelizmente, muitos empresários, diante da vontade de otimizar o lucro, diminuem despesas, omitem receitas e por conseqüência pagam menos tributos, utilizando-se, para esta nefasta prática da garantia constitucional do sigilo bancário. Mas, quem deseja lucrar mais e acumular riquezas deve pagar mais, pois não havendo tributação tem-se o enriquecimento ilícito e com ele as mazelas da injustiça fiscal.

O Sigilo Bancário no Brasil encontra respaldo no artigo 5º, incisos X e XI, da Constituição Federal, estando ligado diretamente ao direito à intimidade e à privacidade, entendimento já alcançado pelo STF, porém a necessidade de autorização judicial para sua quebra constitui hoje em árdua discussão jurisprudencial e doutrinária.

O revogado Código Comercial Brasileiro em seus artigos 17, 119 e 120 proibia expressamente a revelação do Sigilo Bancário, por qualquer motivo que houvesse. Em 1964, a Lei nº 4.595/64 em seu art. 1º, §5º abrandou essa proibição, permitindo à Administração Tributária acesso às informações bancárias desde que houvesse processo instaurado e os documentos se fizessem indispensáveis. Esta norma falhou por não expressar que tipo de processo seria: administrativo ou judicial.

Em 1966, O Código Tributário Nacional, nos artigos 195 e 197, asseguraram à Administração Fazendária requisitar documentos dos contribuintes fiscalizados desde que atendido o que disciplinasse a lei de sigilo profissional. No caso dos Bancos, seria a Lei nº. 4.595/64.

Em 1990, a lei nº 8.021, no art. 8º, derogou o art. 38 da Lei 4.595/64 e alterou as condições então estabelecidas, passando a exigir a necessidade de processo fiscal em curso. O intuito era modificar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça - STJ, à época, que entendia que as expressões do artigo 38 referiam-se a processo judicial e não administrativo fiscal e, que o sigilo bancário fundamentava-se no artigo 5º, incisos X e XI da Constituição Federal, só podendo ser quebrado através de autorização judicial.

Duas novas questões foram suscitadas. A primeira de caráter formal-constitucional, pois o artigo 192 da Constituição Federal exigia Lei Complementar para disciplinar o Sistema Financeiro Nacional, e a segunda, acerca do parágrafo-único da Lei nº 8.021/1990 que previa elaboração e a obediência de normas regulamentares a cargo do Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento, os quais não sobrevieram, dando ensejo à nova dúvida quanto à eficácia e aplicação da norma.

Dá-se, então, a necessidade da busca de um novo instrumento normativo que procurasse resolver tais problemas. Surgiu, assim, a Lei Complementar nº 105/2001, oriunda do projeto de Lei Complementar nº 219/95 do Senador Lúcio Alcântara (PSDB-CE).

Mas com o advento da Lei Complementar 105/2001, abriu-se nova discussão jurídica de grande complexidade. Pois o art. 6º da referida Lei Complementar, indo ao contrário do entendimento atual do Supremo Tribunal Federal - STF e do STJ, permite que o Fisco, sob determinadas condições, quebre o sigilo bancário independentemente de autorização judicial.

Apesar da Lei Complementar nº 105/2001 ter passado pelo controle preventivo de constitucionalidade da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, um número substancial de renomados doutrinadores, entre eles Ives Gandra Martins, Miguel Reale, tem bradado sobre sua inconstitucionalidade por ferir a cláusula pétrea constitucional da garantia do sigilo bancário, do devido processo legal, da presunção da inocência, da reserva de jurisdição, da dignidade da pessoa humana, da inviolabilidade da vida privada e da intimidade.

Por sua vez, a Administração Pública Tributária defende-se alegando que:

1. Não há quebra de sigilo fiscal, pois o que há na verdade é a transferência desse sigilo para a administração, e ela tem meios de punir aqueles que divulgarem as informações a ela confiadas. Não transferir o sigilo bancário para a Administração Pública Tributária estaria na contra mão do combate da Sonegação Fiscal. O Sigilo Bancário, antes da Lei Complementar nº 105/2001, constituía-se de escudo para sonegadores;
2. Com a sonegação, acobertada pelo sigilo bancário, não se pode alcançar a justiça fiscal. Os direitos individuais não são absolutos, e podem ser relativizados quando se está diante de precedência de princípios constitucionais, pois o interesse coletivo defendido superaria o interesse individual;
3. O Estado, para garantir a igualdade e o bem estar de todos, precisa de recursos financeiros advindos de receitas derivadas. Claro que esta igualdade não é a empregada pelo socialismo utópico, mas aquela em que seja garantido a cada cidadão direito mínimos constitucionalmente assegurado como: direito à moradia, à saúde e à educação;

4. Não se pode aceitar o argumento de que as verbas públicas são mal empregadas e por isso não se deve pagar tributos, pois, apesar de não ser este argumento uma inverdade, este problema envolve outra seara e outra problemática no mundo administrativo. Essa alegativa é inócua.

Analisando a questão de maneira imediata, conclui-se facilmente que o Fisco estaria correto em seus argumentos, haja vista o resultado obtido com os dados fornecidos ao Fisco através da tão questionada Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF. Esses dados apontaram a existência de situações fáticas e relevantes jamais percebidas pelo Fisco como a movimentação de milhares de reais em contas de contribuintes pessoas físicas que se declararam isentos à Receita Federal, ou pessoas jurídicas que se declararam inativas.

Por outro lado, a doutrina tributária, em sua maioria, tem se posicionado contra a transferência do sigilo bancário para a Administração Pública por entender que essa garantia é cláusula Pétrea, e que o fato de se necessitar de autorização judicial para sua quebra não afeta em nada o combate à sonegação, pois o judiciário ao menor indício de crime de sonegação concede a quebra do sigilo bancário.

Através deste trabalho procuramos estudar os argumentos existentes, tanto na doutrina como na jurisprudência, contra e a favor da Lei Complementar nº 105/2001, e posteriormente fazemos uma análise dos mesmos. No primeiro capítulo discorremos sobre o conceito do sigilo bancário e sua natureza jurídica. No segundo capítulo, mostra-se uma breve evolução histórica do sigilo bancário em nosso ordenamento jurídico. No terceiro capítulo apresentamos o que motivou o Estado a criar a Lei Complementar nº 105/2001, mostrando ainda exegeses contra e a favor da referida norma. O quarto capítulo mostra o posicionamento dos tribunais acerca da Lei Complementar nº 105/2001, através da jurisprudência. Concluímos nosso trabalho respondendo, diante dos argumentos apresentados, que a Lei Complementar nº 105/2001, desde que trabalhe com os valores globais das movimentações financeiras do contribuinte, não fere o direito de sigilo bancário constitucionalmente assegurado.

1 DIREITO À INTIMIDADE, À PRIVACIDADE E AO SIGILO

O legislador constituinte de 1988, no art. 5º, incisos X, XI, assegurou aos cidadãos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país o direito à intimidade e à vida privada. Apesar dos dois vocábulos parecerem sinônimos, encerram significados diferentes. Tanto a intimidade como a vida privada são manifestações da privacidade, que tem origem no direito anglo-americano (*right of privacy*). A intimidade e a vida privada encontram diferenças em suas amplitudes. A intimidade encontra-se no âmbito de incidência da vida privada.

A intimidade representa a parte secreta da vida de uma pessoa, na qual tem-se o poder legal de afastar seu conhecimento pelos demais. Como bem define Alexandre de Moraes (2000,p.77), *os direitos à intimidade e à própria imagem formam a proteção constitucional à vida privada, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas.*

O direito à intimidade refere-se às relações subjetivas e íntimas da pessoa, seus laços familiares, de amizade, afetivos, já a vida privada envolve todas as outras relações humanas comerciais, de trabalho, de estudo, etc. A intimidade é o direito de permanecer sozinho, com seus problemas, suas alegrias, limitações, pensamentos. É o local de introspecção do indivíduo.

Tércio Sampaio Ferraz (1992, p.79) a define com muito brilhantismo:

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

Já a privacidade representa um conceito mais amplo que o da intimidade, não aberto ao público, mas a algumas pessoas de alta confiança ou familiaridade. Pode-se dividir a privacidade em duas partes. A exterior, que envolve a pessoa nas relações sociais e em sua atividade pública e

a interior que recai na mesma pessoa, em sua família, seus afetos, é a parte inviolável segundo a nossa Carta Magna.

Para José Afonso da Silva (1997, p.204) *a personalidade se expande através do segredo da vida privada e para tanto é necessário que a pessoa tenha ampla liberdade de realizar sua vida privada.*

Atenta-se, gravemente contra a vida privada quando se dá divulgação aos eventos relevantes da vida pessoal e familiar, quando se investiga, isto é, pesquisa-se acontecimentos referentes à vida pessoal e familiar ou conservam-se documentos relativos à pessoa quando os mesmos tenham sido obtidos de forma ilícita.

Para Tércio Sampaio Ferraz (1992, p.77),

a privacidade, como direito, tem por conteúdo a faculdade de constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por lhe dizerem a ele só respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão[...]

No Direito à privacidade, o objeto é, sinteticamente, a integridade moral do sujeito.

Já o segredo ou sigilo, pois etimologicamente possuem o mesmo significado, é ainda algo mais restrito que a intimidade. Constituiu-se naquilo em que o indivíduo quer resguardar de todos, não compartilhando com ninguém ou com uma parcela mínima de pessoas.

Para Pontes de Miranda (apud FOLMANN, 2003, p.51), o termo sigilo encerra o conceito *da liberdade de não emitir o pensamento para todos ou além de certas pessoas. Dessa liberdade nasce o direito ao sigilo da correspondência, porque se exerce aquela. Portanto, da liberdade de não emitir o pensamento irradia-se o direito ao sigilo.*

Diante do direito à intimidade e à vida privada, e conseqüentemente o direito ao sigilo, pode-se dizer que os três formam um conjunto de círculos concêntricos, onde na parte mais externa encontra-se a vida privada, logo após a intimidade e na parte mais interna o sigilo.

A Constituição brasileira assegura expressamente a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, estabelecendo que somente as comunicações telefônicas podem ser violadas por ordem judicial nas hipóteses estabelecidas em lei.

Através da leitura desse dispositivo constitucional afluíu um questionamento basilar, de cunho principiológico e de difícil resposta: O que é se pode entender por sigilo de dados?

Aurélio Buarque de Holanda (1988, p.149) define dado como sendo um *elemento para a formação dum juízo*. Concluimos, portanto, ante a definição do grande mestre, que através de um dado obtenho uma informação. O dado é, portanto, o elemento bruto não trabalhado que irá gerar uma informação, mas essa informação gerada não deixa de ser um dado sobre um determinado elemento. Portanto, a palavra “dado” expressa um gênero, podendo o mesmo representar qualquer espécie, entre elas: dados bancários, dados fiscais, dados cadastrais, etc.

Corroborando com esse pensamento, Paulo Quezado e Rogério Lima (2002, p.32) expressam:

[...] É bem verdade que a atual Constituição não trouxe expressamente em seu corpo normativo o termo sigilo bancário. Mas isso não significa que essa espécie de sigilo não está protegida constitucionalmente. Se esse raciocínio fosse verdadeiro, o princípio da proporcionalidade (ou da razoabilidade) também não seria constitucional, pois não está previsto expressamente na Lei Maior. Contudo, é justamente sua aceitação, ainda que implícita, que lhe garante força normativa.

[...]

Além de outras normas, a Carta Magna resguardou o direito ao sigilo bancário quando garantiu a inviolabilidade do sigilo de dados. O constituinte utilizou-se, apropriadamente para um texto de caráter geral e abstrato, a expressão sigilo de

dados (gênero) com o fim de proteger o sigilo bancário (espécie). Dados aqui podem ser quaisquer outras informações além dos dados bancários[...]

Com o avanço tecnológico esse conceito ganhou uma amplitude muito maior, pois com a revolução tecnológica onde o papel, o local físico onde normalmente se expõem os dados, está dando lugar às chamadas mídias eletromagnéticas, como: fitas magnéticas, cds-rom, disquetes, etc. Os dados trafegam pelos sistemas informatizados através de pulsos elétricos ou eletromagnéticos, gerando no papel, apenas resultados de transações, de contratos, etc.

Para sentirmos como a tecnologia avança é só olharmos para a automação bancária. Hoje quase não existe mais o sistema de compensação, pois através da simples leitura de um cartão plástico e da digitação de uma senha pode-se verificar se existe ou não saldo em uma determinada conta.

Através da INTERNET e da digitação, pode-se comprar um carro sem sequer sair de casa e ainda serem gerados títulos de créditos virtuais, que irão trafegar pela rede e se materializar em um papel, seja através de contrato, para ser assinado na porta do cliente, seja através de notas promissórias, posteriormente enviadas ao cliente.

Com isso inferimos que o vocábulo “dados”, definido pelo legislador constituinte de 1988, aplica-se ao conteúdo em si, não interessa se o mesmo está ou não codificado, quer em impulsos eletromagnéticos, quer em uma mídia de leitura ótica.

A constituição garante a não exposição dos dados de seus cidadãos, garantindo o direito à indenização pelo dano material e moral decorrente da violação da vida privada, da intimidade, da honra e da imagem dos mesmos.

No direito brasileiro, pode-se afirmar que as informações bancárias estão inseridas no conceito de “vida privada” ou “intimidade”, ambas protegidas constitucionalmente, nos termos do inciso X, do art. 5º, da Constituição Brasileira de 1988.

1.1 Sigilo bancário

Sendo o sigilo bancário uma espécie de sigilo de dados, amparado pelo manto da privacidade, pode ser definido como direito constitucional do cidadão à não exposição de fatos e atos referentes as suas operações financeiras pelas instituições às quais confiou seus dados.

Vale ressaltar que essas instituições não se limitam aos bancos, segundo o conceito estabelecido na Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, as instituições financeiras podem ser bancos, distribuidoras de valores mobiliários, corretoras de câmbio e de valores mobiliários; sociedades de crédito; financiamento e investimentos; sociedade de crédito imobiliário; administradores de cartões de crédito; sociedades de arrendamento mercantil; administradoras de mercado de balcão organizado; cooperativas de créditos; associações de poupança e empréstimo; bolsas de valores e de mercadorias e futuros; entidades de liquidação e compensação; e outras sociedades que, em razão da natureza de suas operações, assim venham a ser consideradas pelo Conselho Monetário Nacional.

O sigilo bancário no Brasil sempre foi um assunto muito delicado, tratado como verdadeiro dogma e ainda hoje defendido pela maioria dos doutrinadores brasileiros, que consideram a Lei complementar nº 105/2001 atentatória à garantia da inviolabilidade do sigilo de dados(art. 5º, XII) e à intimidade e a vida privada(art. 5º, X), que encerram o conceito de privacidade, garantindo aos indivíduos.

O inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal dispõe que “*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*”, por esse motivo muitos doutrinadores afirmam que os *dados financeiros do cidadão* são uma das espécies do gênero dados que a lei trata, de forma que, uma das condições *sine qua non* para que as autoridades tomem conhecimento desses dados é a autorização judicial.

O sigilo bancário só pode ser violado em casos graves e com a autorização judicial, constitui-se em uma garantia individual que não pode ser abolida sequer através de Emenda Constitucional, segundo as disposições do artigo 60, § 4º, inciso IV da Lei Maior.

É de se observar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo XII traz *que ninguém será sujeito às interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tal interferência ou ataques.*

A origem da existência do sigilo bancário é matéria complexa no mundo inteiro, sendo em torno do mesmo desenvolvidas diversas teorias, porém muitos países consideram o sigilo bancário como direito fundamental do contribuinte à privacidade, não podendo transparecer traços de seu modo de viver ou de sua personalidade, como exemplo citamos: o Canadá, os EUA, a Alemanha, a Áustria, a Suíça e Portugal.

Merece destaque o fato de que na Suíça, que adota a teoria do direito da personalidade, onde o sigilo bancário é uma manifestação do direito à intimidade, fazendo parte dos direitos de personalidade, entende-se que o mesmo deve ser sacrificado se estiver sendo utilizado como esconderijo para a prática de atos ilícitos e sonegação fiscal.

1.2 Sigilo Fiscal

Já o sigilo fiscal, diferentemente do sigilo bancário, consiste no dever que a Fazenda Pública tem e seus funcionários de não divulgarem, qualquer que seja o objetivo, informações obtidas em razão do ofício, sobre a situação econômica ou financeira dos contribuintes ou de

terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades. Este dever encontra-se expresso no art. 198 do Código Tributário Nacional.

A Fazenda Pública tem o poder de fiscalizar o contribuinte, mas este poder encontra limites na legislação tributária que regula, em caráter geral ou específico e em função da natureza de cada tributo, a competência e os poderes das autoridades administrativas em matéria de fiscalização, quer pessoa-física ou jurídica, que goze ou não de isenção ou imunidade, respeitando rigorosamente o sigilo fiscal.

Em caráter geral, quanto à legislação tributária federal foi baixado o Decreto nº 70.235, de 06 de março 1972, onde estão dispostas as regras sobre o Processo Administrativo Fiscal – PAF da União, que rege o Processo Administrativo de determinação e exigência dos créditos tributários da União e o de consulta sobre a aplicação da legislação tributária federal. Em caráter específico, levando-se em conta a natureza de cada tributo, há decretos regulamentadores, dispondo todos os pormenores relacionados com a matéria. Pode-se citar, por exemplo: o Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 – RIR/1999; o Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados, aprovado pelo Decreto nº 4.544, de 26 de dezembro de 2002 – RIPI/2002, etc.

O sigilo Fiscal encontra respaldo constitucional fundamentando-se, mormente, nos princípios da inviolabilidade da intimidade das pessoas, do sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas, expressos nos incisos X e XI, Constituição Federal de 1988.

O sigilo fiscal é um dever da administração tributária para com o contribuinte, sujeitando quem não o observa às sanções legais e à responsabilização do Estado pelos danos que porventura o contribuinte venha a sofrer com sua quebra.

2 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O Sigilo Bancário não é uma novidade introduzida pela Constituição de 1988, pois a Lei nº 556, de 25 de junho de 1850, Código Comercial, trouxe a proibição expressa da revelação pelos banqueiros de dados de seus clientes a qualquer autoridade e sob qualquer fundamento por mais justo que seja:

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

Art. 18. A exibição judicial dos livros de escrituração comercial por inteiro, ou de balanços gerais de qualquer casa de comércio, só pode ser ordenada a favor dos interessados em questões de sucessão, comunhão ou sociedade, administração ou gestão mercantil por conta de outrem, e em caso de quebra.

Vicente Kleber de Melo Oliveira (2001, p.579) faz oportuna observação a respeito dos artigos transcritos afirmando que:

embora o Código Comercial previsse casos em que o comerciante ficaria obrigado a apresentar os livros judicialmente (arts. 19 e 20), os dispositivos acima nos conduzem ao entendimento de que somente em casos excepcionais os contribuintes teriam a obrigatoriedade de exhibir seus livros a outrem.

O STF afastou o caráter absoluto desta regra sumulando que a exibição dos livros comerciais pode ser requerida como medida preventiva e ainda que estão sujeitos à fiscalização tributária, ou previdenciária, quaisquer livros comerciais, limitando o exame aos pontos objeto da investigação, conforme súmulas 390 e 439, abaixo transcritas:

Súmula 390. A exibição judicial de livros comerciais pode ser requerida como medida preventiva.

Súmula 439. Estão sujeitos à fiscalização tributária ou previdenciária, quaisquer livros comerciais, limitado o exame aos pontos objeto da investigação.

A Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, conhecida como Lei do Sistema Financeiro Nacional, abrandou a severidade do sigilo bancário adotada pelo Código Comercial permitindo que a administração tributária tivesse acesso às informações bancárias desde que dois requisitos fossem respeitados. Deveria, portanto, haver processo instaurado e os documentos serem indispensáveis segundo a autoridade:

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

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

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

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

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

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

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

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

A Lei nº 4.595/1964 em seu artigo 38 não dizia que tipo de processo deveria estar instaurado, se judicial ou administrativo, além de ter dado um caráter subjetivo quanto à importância ou não do documento, gerando discussões doutrinárias sobre a possibilidade da administração tributária poder obter informações bancárias dos contribuintes.

A Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional, assegurou a requisição pela Fazenda Pública de documentos dos contribuintes fiscalizados, desde que atendidas as condições dispostas pela lei que disciplinasse o dever de sigilo profissional, na época era a Lei nº 4.595/64.

Mas, o Superior Tribunal de Justiça – STJ tinha o entendimento de que as expressões “processo” e “autoridade” constantes do §5º do art. 38 da Lei nº 4.595/64 referiam-se a processo judicial e não administrativo-fiscal, uma vez que o sigilo bancário encontraria fundamento no art. 5º da Constituição Federal, só podendo ser levantado mediante ordem emanada do Poder Judiciário.

Diante deste entendimento do STJ, sobreveio a Lei nº 8.021/90 que derogou o art. 38 da Lei nº 4.595/64, alterando as condições anteriores, trazendo literalmente em seu art. 8º, abaixo transcrito, a necessidade de processo fiscal em curso e juízo da autoridade administrativa quanto aos documentos.

Art. 8º Iniciado o procedimento fiscal, a autoridade fiscal poderá solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no art. 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

Parágrafo único. As informações, que obedecerão às normas regulamentares expedidas pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, deverão ser prestadas no prazo máximo de dez dias úteis contados da data da solicitação, aplicando-se, no caso de descumprimento desse prazo, a penalidade prevista no § 1º do art. 7º.

Apesar da Lei nº 8.021/90 prever expressamente a possibilidade de solicitação de informações às instituições financeiras de dados dos contribuintes pela autoridade fiscal, duas novas questões contra a aplicação da referida lei foram suscitadas. Uma de caráter formal-

constitucional, pois o art. 192 da Constituição Federal exigia que o Sistema Financeiro Nacional deveria ser disciplinado através de lei complementar (este dispositivo atualmente tem nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 29 de junho de 03, não mais subsistindo essa exigência) e a segunda dizia respeito à própria aplicabilidade da norma, uma vez que o seu art. 8º previa a expedição e a obediência de normas regulamentares a cargo do Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento, que nunca foram regulamentadas.

Enquanto se travava uma verdadeira guerra jurídica a respeito da “quebra” do sigilo bancário pela administração tributária, nasceu o projeto de Lei nº 219/1995 de autoria do Senador Lúcio Alcântara (PSDB-CE) culminando na Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, que, em seu art. 1º estabeleceu o dever de sigilo e nos arts. 5º e 6º, flexibilizou o sigilo bancário em face da Administração Tributária.

Segundo o Senador Lúcio Alcântara (2008, *on line*),

[...]Ninguém pode questionar a importância do sigilo como instrumento que garante a privacidade, mas generalizar tal argumento para todas as situações, é extremamente perigoso para a construção democrática em nosso país. O sigilo a todo custo e sem possibilidades efetivas para que se possa quebrá-lo em determinadas circunstâncias é, de fato, um privilégio, portanto inaceitável[...]

Apesar da Lei Complementar nº 105/2001 autorizar a “quebra” do sigilo bancário pela Administração Tributária, nova questão, e essa de grande complexidade, foi levantada: sua constitucionalidade.

A doutrina e jurisprudência majoritárias, antes da Lei Complementar nº 105/2001, se posicionaram no sentido de considerar o Sigilo Bancário incluso nos direitos fundamentais dos indivíduos, podendo ser relativizado via autorização judicial.

Após a vigência da referida lei, até 2004, já foram propostas 05 (cinco) Ações Diretas de Inconstitucionalidade sem, no entanto, terem sido apreciadas definitivamente pelo STF, estando vigente a Lei Complementar nº 105/2001.

Com a extinção da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF), no dia 31 de dezembro de 2007, a Receita Federal do Brasil, para compensar a perda da inegável ferramenta de rastreamento de informações bancárias, baixou as Instruções Normativas nº 802, de 27 dezembro de 2007 e 811, de 28 de janeiro de 2008, ambas fundamentadas no art. 5º, da Lei Complementar nº 105/2001, gerando com isso diversas reações em todo o país, como: a ação com pedido liminar impetrada pela seccional do Ceará da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), para evitar o envio de informações à Receita Federal do Brasil sobre movimentações bancárias superiores a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) no caso de pessoa física, e R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para pessoa jurídica, dos advogados e das sociedades de advogados do Estado do Ceará, tendo sido concedida liminar pelo juiz Francisco das Chagas Fernandes, da 7ª vara da Justiça Federal no Ceará; a Adin 4006, da Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL) e a Adin 4010, da Ordem dos Advogados do Brasil.

3 A EXEGESE DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001

O Estado é uma entidade soberana, que tem o poder de governar todos os indivíduos que se encontrem em seu território. O elemento caracterizador de sua soberania é sua vontade ser superior às vontades individuais, sempre em busca de um objetivo em comum maior: a coletividade. Para que o Estado possa atingir seus objetivos, isto é, o bem comum, precisa de recursos financeiros, sua origem nos tributos. Portanto, conforme leciona Hugo de Brito Machado (2003, p.43), *o poder de tributar nada mais é que um aspecto da soberania estatal, ou uma parcela desta.*

Apesar do poder de tributar estatal ser uma expressão de sua soberania, isto não significa que a relação de tributação não seja uma relação jurídica, sujeita a limites. A Constituição Brasileira instituidora do Estado Democrático de Direito, impõe limites ao poder de tributar estatal através de princípios tributários entre eles: da isonomia, legalidade, anterioridade da lei, igualdade, capacidade contributiva, vedação de confisco, etc.

O Direito Tributário tem duas finalidades basilares. Uma de obter recursos financeiros para que o Estado realize seus objetivos e a outra de limitar o poder de tributar nos termos da Constituição Estatal. O tributo é imprescindível à existência do estado. Pagar tributos ao Estado é um dever do cidadão e um direito indisponível da coletividade.

Modernamente, o tributo tem seu fundamento na solidariedade social, isto é no próprio pacto social, obedecendo às limitações constitucionais. Porém, sabe-se que é característica dos indivíduos tentar amenizar a carga tributária.

Albert Hensel (apud AMARAL, 2008, *on line*) sabiamente explica:

é aspiração naturalíssima e intimamente ligada à vida econômica, a de se procurar determinado resultado econômico com a maior economia, isto é, com

menor despesa e os tributos que incidirão sobre os atos e fatos necessários à obtenção daquele resultado econômico, são parcelas que integrarão a despesa.

A carga tributária brasileira é elevada, trazendo um custo financeiro enorme às empresas. A complexidade da legislação tributária brasileira traz insegurança aos contribuintes quanto ao fato de saber se estão ou não em dia com suas obrigações tributárias. Aliados a esses dois fatores negativos, os constantes escândalos de corrupção e lavagem de dinheiro levam os cidadãos à prática de sonegação fiscal por flagrante descrédito na aplicação dos recursos provenientes dos tributos.

Embora sejam verdade os fatores acima mostrados, não se pode deixar de pagar tributos sob estes argumentos, pois se assim resolverem agir os contribuintes, teremos a vida em sociedade inviabilizada. O que deve ser feito é um controle maior da aplicação das verbas públicas paralelamente ao controle da voracidade do Fisco.

A sociedade não pode aceitar passivamente fatos constatados pela Secretaria da Receita Federal - SRF, quando da análise dos montantes arrecadados com a CPMF onde, segundo Aldemário Araújo Castro (2008, *on line*):

- a) 62 pessoas físicas que declararam perante a Receita Federal suas condições de isentas de imposto de renda tiveram movimentação financeira anual acima de R\$ 10 milhões, totalizando R\$ 11,03 bilhões;
- b) 139 pessoas físicas omissas perante a Receita Federal tiveram movimentação financeira anual acima de R\$ 10 milhões, totalizando R\$ 28,92 bilhões;
- c) 45 pessoas jurídicas incluídas no SIMPLES (pressupõe receita bruta anual inferior a R\$ 120 mil) tiveram movimentação financeira anual acima de R\$ 100 milhões, totalizando R\$ 53,21 bilhões;
- d) 46 pessoas jurídicas que declararam perante a Receita Federal suas condições de isentas de imposto de renda tiveram movimentação financeira anual acima de R\$ 100 milhões, totalizando R\$ 18,39 bilhões;
- e) 139 pessoas jurídicas omissas perante a Receita Federal tiveram movimentação financeira anual acima de R\$ 100 milhões, totalizando R\$ 70,96 bilhões.

Por estas e outras razões, o relator do projeto da Lei Complementar nº 105/1991, à época senador pelo Estado do Ceará, Lúcio Alcântara (2008, *on line*) expôs os motivos que ensejaram a referida Lei, expondo que:

O pilar básico de qualquer sociedade que possa se caracterizar como democrática é indubitavelmente a prerrogativa de cada cidadão quanto a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade. De fato, tal princípio, inscrito como cláusula pétrea de nossa Carta Magna em seu art. 5º, é a base sobre a qual se assentam as instituições democráticas, impedindo que se reproduzam os exemplos ditatoriais que dominaram o Século XX.

Somente os direitos e garantias individuais impedem que a tirania do Estado possa se impor sobre as pessoas, elevando-as à cidadãos. Neste contexto político e filosófico é que se insere a questão do sigilo bancário-financeiro como uma proteção do cidadão contra a exposição de sua privacidade de forma indevida e prejudicial.

Entretanto, é importante que consigamos diferenciar direito de privilégio. O direito é algo necessário e inalienável, já o privilégio é algo discriminador que prejudica a sociedade como um todo, minando as instituições democráticas.

Ninguém pode questionar a importância do sigilo como instrumento que garanta a privacidade, mas generalizar tal argumento para todas as situações é extremamente perigoso para a construção democrática em nosso país. O sigilo a todo custo e sem possibilidades efetivas para que se possa quebrá-lo em determinadas circunstâncias é, de fato, um privilégio, portanto inaceitável.

Nesse contexto, desde os anos 70, com a preocupação crescente por parte das autoridades de vários países em relação ao tráfico de drogas, a “lavagem” de dinheiro e aos crimes de desvio de recursos públicos, além de atividades relacionadas ao crime organizado, criou-se um movimento para a flexibilização do entendimento do chamado sigilo bancário [...]

3.1 Exegese contrária à Lei Complementar nº 105/2001

3.1.1 O devido processo legal

A lei Complementar nº 105/2001, no art. 1º, § 4º, permite a decretação da quebra do sigilo bancário, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos crimes: de terrorismo; de tráfico ilícito de

substâncias entorpecentes ou drogas afins; de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção; de extorsão mediante seqüestro; contra o sistema financeiro nacional; contra a Administração Pública; contra a ordem tributária e a previdência social; lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores e praticado por organização criminosa.

Os defensores da teoria da liberdade de negação, que consideram o sigilo bancário uma expressão da liberdade, criticam severamente esta disposição normativa por entenderem que a mesma viola o princípio do devido processo legal. Acreditam que a Constituição Federal, em seu art 5º, inciso LIV, determina que ninguém terá sua liberdade restringida, total ou parcialmente, ou privado de seus bens sem o devido processo legal.

Paulo Quezado e Rogério Lima (2002, p.61) são taxativos quando dizem:

insistimos em dizer que a necessidade da instauração de um processo judicial nestes casos, não advém de prescrição legal, mas diretamente da constituição. O âmbito de desenvolvimento do contraditório e da ampla defesa é o processo. Sem este não existe a possibilidade da dialética processual, através da qual o titular do sigilo terá a oportunidade para arrazoar contra a exceção de seu direito fundamental pelo Estado. O processo, então, põe-se aqui como uma consequência jurídica natural da obediência ao devido processo legal.

Para esses mestres, mesmo que a doutrina e a jurisprudência majoritária entendam possível a exceção ao direito ao sigilo bancário no âmbito do inquérito judicial ou administrativo, a quebra do sigilo bancário pelo Judiciário não é possível fora do processo, pois dificultaria o contraditório e a ampla defesa.

3.1.2 O princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade tem sua origem na passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal-individualista, quando houve uma necessidade de controle do poder do monarca. Para Suzana de Toledo Barros (apud CRISTÓVAM, 2008, *on line*),

foi a idéia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração. E essa consciência de que existiam direitos oponíveis ao próprio Estado e que este, por sua vez, deveria propiciar fossem tais direitos respeitados decorreu das teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII.

Tanto a proporcionalidade como a razoabilidade, princípios, na doutrina brasileira, devem ser utilizadas não apenas na aplicação da norma ao caso concreto, mas, também, na criação e em suas regulamentações.

Clèmerson Merlin Clève (apud QUEZADO; LIMA, 2002, p.46), com propriedade, diz que:

pode ocorrer inconstitucionalidade material quando a norma, embora disciplinando matéria deixada pelo Constituinte à liberdade de conformação do legislador, tenha sido editada, não para realizar os concretos fins constitucionais, mas sim prosseguir outros, diferentes ou mesmo de sinal contrário àqueles, ou tendo sido editada para realizar finalidades apontadas na Constituição, ofende a normatividade constitucional por fazê-lo de modo inapropriado, desnecessário, desproporcional ou, em síntese, de modo não razoável. Trata-se, no primeiro caso, da hipótese tratada como desvio ou excesso de poder legislativo; no segundo, manifesta-se ofensa ao princípio da razoabilidade dos atos do Poder Público, do Poder Legislativo. Em muitos casos a teoria do excesso de poder e o princípio da razoabilidade cobrem um mesmo campo teórico, portanto, soluções semelhantes (senão idênticas) quando da aferição da legitimidade de determinados atos normativos do Poder Público.

Portanto, o Sigilo Bancário é exceção, que encontra fundamento na liberdade de negação e é ainda expressão da privacidade, só podendo ser relativizado quando houver interesse público, ficando clara a necessidade, adequação e a razoabilidade no caso concreto, isto é; quando for justa medida de tensão entre os princípios protetores dos interesses individual e público. Somente pode se avaliar essa proporcionalidade com o devido processo legal e através de sopesamento de princípio feito pelo Poder Judiciário, como orienta a Constituição Federal e a própria Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, determina a observância dos princípios da razoabilidade ou proporcionalidade.

Não há razoabilidade quando o Governo quer resolver problemas de caixa através de quebra do sigilo bancário, alegando com isso que está fazendo justiça fiscal, colocando em uma só vala o cidadão contribuinte e o sonegador, quando todos sabem que o problema brasileiro está na falta de controle dos gastos públicos e não na arrecadação de recursos.

3.1.3 A reserva de jurisdição e inafastabilidade da jurisdição

A doutrina e jurisprudência pátrias já chegaram a uma interpretação menos restritiva do Sigilo Bancário aceitando que o mesmo não se constitui em direito absoluto e indevassável.

Eivany A. Silva (2000, p.30) nos ensina que:

a maioria dos ordenamentos jurídicos, como o brasileiro, tratam o sigilo bancário como direito fundamental do contribuinte à privacidade, ou seja, à resistência à comunicação de dados que representem desdobramento da personalidade da pessoa, direito à oposição e à negação da comunicação. Além do Brasil, adotam essa postura, dentre outros, o Canadá, os EUA, a Alemanha, a Áustria, a Suíça e Portugal.

É o que podemos concluir conforme tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 219.780:

se é certo que o sigilo bancário, que é espécie de direito à privacidade, que a Constituição protege no art. 5º, X, não é um direito absoluto, que deve ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da Justiça, certo é, também, que ele há de ceder na forma e com observância de procedimento estabelecidos em lei e com respeito ao princípio da razoabilidade.

Porém, para estes doutrinadores contrários à relativização do sigilo bancário pela Administração Tributária Federal nos termos da Lei Complementar nº 105/2001, este sigilo estaria sobre a reserva absoluta da jurisdição. Dizem que o grande argumento da Receita Federal é o montante do recolhimento de Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira - CPMF, demonstrando a existência de pessoas que movimentam quantias enormes, mas que nada ou quase nada pagam a título de Imposto de Renda.

Acreditam que esse argumento da SRF é falacioso, pois dá destaque a uma situação específica pontual, devendo ser resolvida de acordo com as soluções oferecidas pela Constituição Federal. Bastaria que a Receita Federal solicitasse ao Poder Judiciário a quebra do sigilo bancário dessas pessoas, caso houvesse indícios realmente fortes, para que o mesmo possa deferir. Defendem ainda que os dados apresentados pela Receita Federal não deveriam ter presunção absoluta de verdade.

Segundo Fernando Facurry Scaff (2003, p.49),

o que não está sendo dito é que os dados apresentados pela Receita Federal como absolutamente verdadeiros, a prova de contradição, não possuem a solidez apregoada. Por outras palavras: o pressuposto da farta movimentação de CPMF não implicará necessariamente vasta quantidade de imposto sobre a renda a ser pago. Basta imaginar o serviço de cobrança de valores, que é usualmente efetuado por vários escritórios especializados. O valor cobrado dos inadimplentes é alto, mas o rendimento dos cobradores é baixo, pois grande parte do montante arrecadado pertence aos cedentes de crédito. Neste caso, haverá grande movimentação financeira (leia-se: alto valor de CPMF a pagar, porém pequeno rendimento (leia-se: baixo ou inexistente IR a pagar). Esta é a mesma situação em que vivem as empresas de distribuição, pois a margem de lucro é proporcionalmente pequena em face da movimentação financeira, que é enorme[...].

Diante da tese exposta por Fernando Facurry Scaff, a Receita Federal não divulga com a mesma ênfase que defende a quebra do sigilo fiscal que as hipóteses de incidência da CPMF e do Imposto de Renda são distintos. Renda pressupõe existência de aquisição de disponibilidade

econômica ou jurídica acima de um determinado valor, seria dinheiro novo e movimentação financeira não implica em renda. Portanto, o argumento da Receita não serve para colocar o sigilo fiscal nas mãos da administração pública tributária, vilipendiando a Constituição Federal, englobando num só feixe bons e maus contribuintes.

Quezado e Lima (2002, p. 90) afirmam que:

Com certeza, haverá quem diga que a mera indicação numérica em nada atinge o direito fundamental à privacidade, o que por certo levará ao debate interminável sobre graduação desses direito; quando se transgredirá ou não o direito à privacidade ou, ainda, saber se o que alguém movimenta, se global ou parcial, caracteriza o campo de sua privacidade.

A se aceitar como expressão da privacidade, não somente os detalhes da movimentação financeira, mas também seus “montantes globais”, o conhecimento destes diretamente pela União, sem decisão no âmbito de um processo, já evidencia a inconstitucionalidade do art. 5º. da LC 105.

O próprio STF, em incontáveis acórdãos antes da Lei Complementar Nº 105/2001 assegurou que a quebra do Sigilo Bancário deve se dar pelo Poder Judiciário. Trata-se de respeito ao princípio de reserva de jurisdição e não de inafastabilidade do controle jurisdicional uma vez que a análise judicial deve ser prévia e não *a posteriori*.

O princípio da reserva de jurisdição, como bem define Celso Mello, na ementa do acórdão no qual foi relator, proferido no Mandado de Segurança Nº 23.452-RJ, julgado em 16/09/1999,

[...]importa em submeter à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive aqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais.

Nesse mesmo acórdão, o Ministro ressaltou que o princípio da reserva da jurisdição foi reconhecido por cinco integrantes do STF, quais sejam – além dele – os ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira e Carlos Velloso; mas advertiu que a questão não foi

enfrentada completamente pelo Tribunal, daí não ser princípio já firmado em nosso sistema jurídico.

Nessa ação houve, ainda, entendimento de que as Comissões Parlamentares de Inquérito poderiam ordenar a quebra do sigilo bancário, fiscal e telefônico desde que fundamentada a decisão, uma vez que a Constituição deu poderes de investigação próprios das autoridades judiciais a estas comissões. Há, portanto, uma tendência do STF de exigir a apreciação do Poder Judiciário para a quebra do sigilo bancário, entendendo que os direitos fundamentais não são absolutos, devendo sucumbir em face do interesse público.

James Marins (2003, p.248) assevera que

a rigor, inclusive, se faz equivocado enunciar sobre a rubrica interesse público pretensão que não encontre amparo constitucional. O interesse público não é o dos governantes de plantão, e sim o de toda sociedade, cuja manifestação mais concreta se dá justamente no Texto Magno.

Não pode a administração pública tentar utilizar dados bancários dos contribuintes com a finalidade de identificação dos rendimentos e atividades econômicas dos mesmos, violando os limites constitucionais. A quebra do sigilo bancário é excepcional e a autorização judicial é imprescindível.

Outro enfoque a ser dado à questão do sigilo bancário é quando se abstrai discussão direta da reserva de jurisdição e alerta-se para o fato de que enquanto o STF não se posiciona a respeito deste princípio muitos cidadãos e contribuintes podem vir a sofrer invasão em seus dados, diante das normas legais vigentes. Com isso, o enfoque a ser dado agora seria ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, não podendo o legislador impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir sua pretensão, seja ela preventiva ou reparatória.

Portanto, se há dúvidas quanto à necessidade de autorização judicial para quebra do sigilo bancário, não há dúvidas quanto a preservação dos direitos e garantias fundamentais diante da possibilidade de manipulação indevida dos dados decorrentes da quebra do sigilo bancário.

Apesar da Lei Complementar nº 105/2001 assegurar que a quebra de sigilo fora das hipóteses legais nela inseridas constitui crime, sujeitando os responsáveis às sanções penais, sem prejuízo de outras sanções cabíveis e os atos administrativos praticados pela Administração Tributária estarem sujeitos ao controle jurisdicional, não é o bastante para proteger o cidadão, pois, esse controle é feito *a posteriori* e provocado pelo cidadão no caso de abuso de poder, gerando apenas a possibilidade de reparação, que não é suficiente. Portanto, deve ser utilizado o controle preventivo para limitar a quebra do sigilo bancário, através das tutelas inibitórias.

Para Montovanni Colares Cavalcante (2001, p.98),

o fato é que a parte não mais precisa aguardar a concretização da tragédia material para depois chorar os mortos em verdadeiro réquiem processual. E infelizmente é isso que a chamada lei da quebra do sigilo bancário propõe, no instante em que vincula essa atividade da administração às hipóteses autorizadas da fiscalização extrema, e ao mesmo tempo prevê punição no caso de mau uso desse poder.

O cidadão que está prestes a ter seu sigilo bancário violado não precisa aguardar com tamanha angústia o desfecho, podendo se valer da chamada ação de obrigação de não fazer contra a pessoa jurídica de direito público a qual pertença a administração tributária, para que o Poder Judiciário possa fixar os limites em que deverá haver quebra de seu sigilo bancário, determinando até onde a administração pode ir naquele caso concreto. Para Montovanni Colares Cavalcante (2001, p.100), dessa forma:

vê-se, pois, que representa enorme vantagem processual a escolha desse tipo de procedimento, podendo a parte requerer ao juiz que declare em sentença que o agente encarregado da fiscalização é depositário fiel das informações, impondo-lhe os limites de sua utilização, com a aplicação de multa no caso do

descumprimento, e ainda sendo possível a concessão dessa tutela sob forma liminar. Com isso, ao invés de se aguardar a concretização do dano para mera postulação ressarcitória - como determina a Lei Complementar 105/2001 - , inibe-se a pretensão de conduta supostamente danosa a ser praticada pelo agente, revelando-se o sentido da efetividade da tutela pretendida pela parte.

Acreditam ainda que há uma enorme incoerência na Lei Complementar nº 105/2001, pois garantiu aos servidores públicos, entre os quais estão os agentes do fisco, a necessidade de prévia autorização judicial para o fornecimento de informações sigilosas. Com isso está se afrontando o princípio da isonomia e da razoabilidade. Pois não dispensou garantia igual entre o contribuinte não servidor e o contribuinte servidor público. Quezado e Rogério Lima (2002, p.59) afirmam que *justamente com quem administra interesses alheios é que se impõe barreira jurídica para conhecer o segredo de suas informações bancárias? Essa é uma regra totalmente descabida.*

3.1.4 Imparcialidade administração

Quando se instaura o processo administrativo surge o conflito entre o Fisco e o contribuinte, mesmo existindo as Delegacias da Receita Federal de Julgamento, que são órgãos colegiados, não subordinados diretamente aos órgãos lançadores, Delegacias da Receita Federal, nem às Superintendências da Receita Federal, mas ao Ministério da Fazenda, seus membros em 1ª Instância são Auditores Fiscais da Receita Federal, servidores públicos concursados da mesma carreira a que pertencem os agentes lançadores do crédito. Daí poder-se inferir de pronto que a imparcialidade fica prejudicada.

Os mestres Miguel Reale e Ives Gandra Martins (2008, *on line*) ao responderem consulta feita pela Ordem dos Advogados do Brasil Seção de São Paulo, comentando o §1º do Artigo 3º da Lei Complementar nº 105/2001 esclarecem que:

Não é o caso de nos determos a comentar o curioso dispositivo redigido em causa própria pela Secretaria da Receita Federal, que protege os agentes governamentais, cujos atos devem ser por força do artigo 37 da C.F., públicos (moralidade e publicidade são princípios fundamentais da Administração), e

desprotege os contribuintes, cuja privacidade é garantida pela Carta da República (artigo 5º, inciso X), mas que resta desguarnecida pela referida Lei Complementar n. 105/01, ao afastar, nesta hipótese, a serena intervenção do Poder Judiciário. A aética postura de classificar brasileiros em cidadãos de 1ª e 2ª classes adotada pela Lei Complementar n. 105/01 já está sendo discutida em ADIN proposta junto a Suprema Corte pela Confederação Nacional do Comércio.

Ora, se o Decreto que estamos examinando pudesse ser considerado regulador da LC 105/01, à evidência, hospedaria uma "contradictio in terminis", visto que todos os agentes fiscais, que estão assegurados, pelo artigo 3º parágrafo 5º da L.C. n. 105/01, a terem seu sigilo quebrado apenas mediante autorização judicial, já teriam esta garantia afastada, em face da obrigação que o decreto impõe às entidades bancárias de prestar informação à Receita Federal de suas movimentações.

Em outras palavras, se nos processos investigatórios o sigilo já estaria quebrado, por que solicitar ao Poder Judiciário autorização para obter informações que a própria Receita já estaria de posse, por força do mencionado Decreto?

Nitidamente, os dois atos normativos versam matérias distintas e desvinculadas uma da outra. O primeiro (L.C. n. 105/01), admite a quebra do sigilo bancário em casos de suspeita de sonegação ou lavagem de dinheiro, em havendo processo administrativo (sem autorização judicial se o investigado for cidadão não exercente de cargo ou função pública e com autorização judicial se se tratar de agente público, o investigado). O primeiro declara, ainda, que o sigilo bancário pertine às instituições financeiras e ao Banco Central. O segundo (Decreto n. 4489/2001) determina que, as instituições financeiras sejam substituídas pela Receita Federal, que se transforma na entidade de guarda do sigilo bancário.

3.1.5 Valor global de movimentação financeira e violação de privacidade.

Acreditam os defensores dessa tese que mesmo sendo o contribuinte intimado para se manifestar acerca de sua movimentação financeira, antes da Fazenda Pública requisitá-la ao banco, a Administração já tomou conhecimento dessa movimentação, quebrado assim o sigilo bancário, dita como necessárias à execução do Mandado de Procedimento Fiscal.

Quezado e Lima (2002, p.90) esclarecem que:

[...] com certeza, haverá quem diga que a mera indicação numérica em nada atinge o direito fundamental à privacidade, o que por certo levará ao debate interminável sobre a graduação desse direito; quando se transgredirá ou não o direito à privacidade ou, ainda, saber se o que alguém movimenta, seja global ou parcial, caracteriza o campo de sua privacidade. [...]

3.2 Exegese a favor da Lei Complementar nº 105/2001

3.2.1 Inexistência de direito absoluto

Os direitos constitucionais assegurados não são absolutos, devendo ceder diante do interesse público, social e da Justiça, havendo que ceder na forma e com observância de procedimento estabelecido em lei e com respeito ao princípio da razoabilidade conforme tem se posicionado o STF.

Antes mesmo da Lei Complementar nº 105/2001, este entendimento já encontrava amparo doutrinário. Sérgio Carlos Covello (1978, p.29) expõe que:

Certo que o sigilo bancário não é absoluto. Ele possui limites legais e naturais. Em nosso ordenamento, o sigilo cede ante o Poder Judiciário, ante o fisco e ante as comissões parlamentares de inquérito (art. 38, §§1º e 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. Mas esses limites não o desnaturam como direito de personalidade, pois modernamente todos os direitos comportam limitações, em vista das exigências sociais e em atenção ao bem comum.

A intimidade está adstrita ao espaço interior de cada um. Refere-se a tudo que não se irradia para o mundo social. A partir do momento em que a movimentação bancária gera uma relação com terceiros deixa de ser assunto de mera intimidade. Pode-se citar por exemplo: retirada de numerários da conta bancária com intuito de fraudar credores ou sonegar impostos,

emissão de cheques sem fundo, etc. Não se pode fazer do sigilo bancário um escudo a favor de atividades ilícitas ou simulações contra terceiros.

Conforme preceitua o §2º do art 5º da Lei Complementar nº 105/2001, as informações que podem ser transferidas restringir-se-ão a informações relacionadas com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados. E ainda, o § 5º determinou que as informações assim recebidas pela Administração Tributária deverão ser conservadas sob sigilo fiscal. Não há, portanto, qualquer risco de ofensa às garantias constitucionais do direito à incolumidade da intimidade e da vida privada prevista no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988.

3.2.2 Reserva de jurisdição e inafastabilidade da jurisdição

O fato da Lei Complementar nº 105/2001 não estabelecer a necessidade de prévia autorização judicial para acesso a informações bancárias nos casos enumerados em seu decreto regulamentar, não implica violação de qualquer direito ou garantia individual, pois qualquer violação aos limites legalmente impostos às requisições do Fisco ou a qualquer abuso verificado na utilização das informações bancárias recebidas pelo Fisco poderá e deverá ser sempre controlado pelo Poder Judiciário, mediante provocação do interessado, como dispõe o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

E ainda, não se pode conceber a necessidade de um processo judicial de exibição de documentos ou apresentação de informações, envolvendo citação, defesa e recursos, para que a administração tributária federal possa obter cada documento e informação, necessários à apuração de cada fato, que possivelmente dê origem a um processo administrativo-fiscal, diferentemente dos processos judiciais de execução fiscal ou de ação penal.

3.2.3 *Devido processo legal*

O acesso aos dados bancários somente será realizado quando indispensável em procedimento administrativo que respeite as hipóteses legais e o devido processo legal.

Entre as garantias que compõe o devido processo legal está o contraditório e ampla defesa, que pressupõe regras previamente definidas. Neste particular, o Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001 que regulamentou o art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, traz, em seu art. 3º, as hipóteses autorizadoras do indispensável exame de informações constantes em instituições financeiras, repudiando qualquer alegação de arbitrariedade pelo Fisco, já que se trata de ato plenamente vinculado.

O contraditório e ampla defesa inegavelmente estão inseridos na regulamentação da Lei Complementar, uma vez que o art. 4º §2º do Decreto nº 3.724/01 estabelece que a Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira - RMF será precedida de intimação ao sujeito passivo para apresentação de informações sobre a movimentação financeira, termo em que se constará a motivação da expedição (art. 4º, §6º):

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

[...]

§ 2º A RMF será precedida de intimação ao sujeito passivo para apresentação de informações sobre movimentação financeira, necessárias à execução do MPF.

[...]

§ 6º No relatório referido no parágrafo anterior, deverá constar a motivação da proposta de expedição da RMF, que demonstre, com precisão e clareza, tratar-se de situação enquadrada em hipótese de indispensabilidade prevista no artigo anterior, observado o princípio da razoabilidade.

A ampla defesa e o acesso irrestrito ao Poder Judiciário também são preservados, pois como em qualquer ato administrativo vinculado, sempre competirá ao órgão judicial a análise dos pressupostos autorizadores da emissão do ato.

3.2.4 *Tensão entre princípios constitucionais*

Os direitos e garantias fundamentais não são ilimitados e encontram seus limites em normas de mesma natureza, isto é, em outros direitos constitucionalmente assegurados. Exemplificando, o princípio do contraditório, corolário do princípio do devido processo legal, sofre restrição frente ao acesso à tutela da justiça, quando se permite que em medidas liminares (antecipatórias ou acautelatórias) possa ser deferida providência judicial a uma das partes antes da defesa da outra.

Quando estivermos diante de princípios constitucionais conflitantes deve-se utilizar o princípio da concordância prática ou da harmonização, como nos ensina Alexandre de Moraes (apud SLIVINSKIS, 2008, *on line*):

quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou harmonização de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Quanto ao acesso à movimentação financeira por parte do Fisco, aparentemente há conflito dos princípios da inviolabilidade do sigilo de dados (art. 5º, XII) e da vida privada (art. 5º, X), com o princípio geral do sistema tributário (art. 145, § 1º), os objetivos fundamentais (art. 3º) e os direitos sociais (art. 6º).

Pode-se perfeitamente aplicar a redução proporcional aos princípios constitucionais do sigilo de dados e da vida privada, em face do princípio geral do sistema tributário, que estabelece a possibilidade do Fisco, para resguardar-se da sonegação fiscal, identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes, pois é através da arrecadação de tributos que se pode construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento

social, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais, promovendo o verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Para se alcançar a integridade do ordenamento jurídico faz-se necessário, portanto, que as interpretações dadas às normas infraconstitucionais, sempre sob a luz da Carta Magna Brasileira, reflitam valores sociais pelo tempo dinamizados, isto é; socialmente valorados e modificados.

Segundo Ronald Dworkin (2007,p.271) :

o princípio de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade.

[...]

Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferece a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.

3.2.5 Transferência do sigilo bancário

Existe diferença entre quebra de sigilo bancário e transferência de informações bancárias protegidas por sigilo a órgãos e entidades que já estão obrigados por lei a resguardá-los. Na simples transferência de informações, há preservação da garantia do direito individual ínsito no art. 5º, X, da Constituição Federal, uma vez que os dados permanecerão em segredo. Já na quebra do sigilo bancário propriamente dita poderá haver exposição ou divulgação de informações ligadas à vida privada e à intimidade das pessoas.

Tanto os bancos, seus funcionários quanto os órgãos da Fazenda Pública e seus agentes estão impedidos de revelar as informações que detenham, em face de vedação expressa constante

na legislação administrativo-disciplinar e penal. Essa é a diferença que há na transferência da informação bancária ao Fisco da quebra de sigilo bancário promovida por outros órgãos ou entidades.

Se for levado ao extremo, como querem muitos doutrinadores, o próprio Imposto de Renda, que tem respaldo constitucional poderia ser considerado inconstitucional, pois as normas regulamentadoras desse tributo impõem que os contribuintes informem à Secretaria da Receita Federal, entre outros elementos patrimoniais, sua movimentação financeira, seus saldos bancários, seus rendimentos financeiros e seus empregadores deverão informar à Receita Federal, através de Declaração de Imposto de Renda Retido na Fonte – DIRF, os rendimentos recebidos mês a mês por cada beneficiário, seja pessoa natural ou pessoa jurídica durante todo o ano-calendário.

Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho (Apud QUEZADO; LIMA, P. 90) afirma que:

Penso que emenda constitucional poderia deixar extreme de dúvida de que simples informações cadastrais dos contribuintes usuários de serviços bancários, é dizer meros dados que identificam a pessoa em suas relações sociais, comerciais e com o Poder Público, especialmente com a Administração tributária, como nome do correntista, o número do CPF ou CGC, os valores globais depositados, não estão protegidos por nenhuma das nuanças do direito à privacidade, de modo que, assim, penso seria legítima a transferência por parte das instituições financeiras desses elementos, atendendo à solicitação de autoridade administrativa fiscal competente...

3.2.6 Moralidade administrativa

A Lei Complementar nº 105/2001 permitiu que fossem investigadas e abolidas situações insustentáveis e conflitantes atestadas de fato pelo Fisco, como a existência de contribuintes com movimentações financeiras altíssimas, mas que se declaravam como isentos.

As informações referentes à Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – CPMF pela Secretaria da Receita Federal – SRF, de acordo com o §3º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, em sua redação original, não podiam ser utilizadas na fiscalização de outros tributos e contribuições de competência da União, também administrados pela SRF: *a Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicada à matéria, o sigilo das informações prestadas, vedada sua utilização para constituição do crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos.*

Com isso existia um paradoxo, pois a Receita Federal era detentora das informações que apontavam indícios de irregularidade no cumprimento de obrigações tributárias referentes a impostos e a outras contribuições federais, tinha o dever institucional e a competência para efetuar o lançamento, mas não podia fazê-lo porque os dados não podiam ser utilizados em procedimento fiscal que conduzisse à constituição do crédito tributário da União, em virtude de expressa vedação legal.

Diante desse contra-senso, o Governo Federal, à época, empenhou-se para que fosse aprovada no Congresso Nacional a transferência legítima de informações da CPMF, das instituições financeiras para a Receita Federal, alegando serem dados de natureza e interesse estritamente tributário e que a restrição de seu uso passou a funcionar como escudo de proteção ao sonegador e ao praticante de outros ilícitos.

No período de vigência da CPMF, em que era vedado utilizar suas informações para fiscalizar outros tributos federais, foi possível ao fisco constatar a existência de “laranjas” e de empresas fantasmas, ferindo não apenas a legislação, mas toda a coletividade, pois sonegação é crime contra toda a sociedade. Defender a não utilização da CPMF ou do extinto Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira – IPMF para fiscalizar outros tributos ou contribuições, em verdade, só beneficiava o sonegador e fundamentava um direito inexistente.

3.2.7 Razoabilidade administrativa

O Decreto nº 3.724/2001 visando acautelar os direitos dos contribuintes enumerou todos os casos em que é indispensável ao Fisco examinar registros relativos a operações financeiras não deixando espaço para discricionariedade por parte da administração tributária federal.

A referida norma, em seu art. 4º, diz que para se requisitar informações bancárias faz-se necessário que seja feito relatório circunstanciado pelo Auditor da Receita Federal incumbido da execução do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), dirigido à autoridade administrativo-tributária competente (Coordenador-Geral, Superintendente, Delegado ou Inspetor), em que conste a motivação da proposta de expedição da Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF), que satisfaça os requisitos de razoabilidade e indispensabilidade, bem assim demonstre, com precisão e clareza, tratar-se de situação enquadrada em pelo menos uma das hipóteses previstas no art. 3º. A autoridade competente para expedição da RMF examinará o relatório fiscal e decidirá sobre a procedência ou não da proposta de requisição de informações bancárias.

A requisição de informações financeiras não é feita de modo arbitrário ou sorrateiro, não podendo ser desprovida de uma causa provável, sem indícios fortes, legalmente objetivados como infrações à legislação tributária.

Ademais o Decreto nº 3.724/2001 instituiu procedimentos capazes de assegurar que as informações recebidas das instituições financeiras não sejam utilizadas com finalidades alheias às tributárias, possibilitando a responsabilização do funcionário que violar as regras do dever de Sigilo Fiscal.

Não interessa à administração tributária federal saber como o contribuinte gastou seu dinheiro. Para o Fisco interessa apenas conhecer as informações colocadas no mercado, isto é

saber quais valores foram efetivamente movimentados pelo contribuinte, cruzando esses dados com a declaração de Imposto de Renda, visando fiscalizar o cumprimento das obrigações tributárias.

3.2.8 Justiça fiscal e igualdade tributária

A sociedade não pode admitir que poucos privilegiados, pessoas naturais ou jurídicas, continuem a utilizar o sigilo bancário como escudo, para fugirem de obrigações tributárias, fazendo com que contribuintes de menor renda suportem a carga tributária desproporcional proveniente da sonegação. Não é justo que o trabalhador assalariado retenha mensalmente imposto de renda na fonte, enquanto empresários, profissionais liberais e, ainda, segmentos que lidam profissionalmente com atividades ilícitas esquivam-se de declarar suas rendas e conseqüentemente de pagar seus impostos, encontrando guarida no sigilo bancário.

Ensina Yoshiaki Ichiara (2000, p.501) que:

A resistência à quebra do sigilo bancário, na maioria das vezes, parte de pessoas cuja divulgação da movimentação bancária resulta na comprovação da eventual investigação suspeita. Com efeito, se o sistema protege o indivíduo não obrigando-o a confessar, a trazer elementos que o levem à condenação, para tanto permitindo até mentir, presentes os pressupostos, não pode o sistema proteger o indivíduo contra a coletividade e o interesse público, prestigiando o criminoso, o sonegador ou aquele que praticou o ilegal.

4 JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES APÓS A LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001

Com a Lei Complementar nº 105/2001 surgiram sete Ações Diretas de Inconstitucionalidade de números: 2386-1, proposta pela CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO – CNC; 2389 – 6 e 2390-0, propostas pelo PARTIDO SOCIAL LIBERAL – PSL; 2397 – 7 e 2406-0, propostas pela CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA – CNI , 4006, proposta pela Confederação Nacional dos Profissionais Liberais – CNPL e 4010-3, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil. (ANEXO F).

Foi determinada a apensação das Adins 2386-1, 2389-6, 2390-0, 2397-7 e 2406-0 para processo e julgamentos conjuntos em dois grupos distintos: no primeiro grupo Adins 2386 e 2397 foram apensadas à Adin 2390 e no segundo grupo a Adin 2406 foi apensada à Adin 2389. As Adins do segundo grupo diferem do primeiro devido à inclusão da inconstitucionalidade da utilização dos dados obtidos através da CPMF.

Todas as cinco Adins estão atualmente com a relatoria do ministro Menezes Direito para julgamento, tendo sido prestadas todas as informações necessárias para seu julgamento pela partes, porém até o presente momento não foram julgados sequer os pedidos de liminares. A Adin 4006 tem como relator o ministro Ricardo Lewandowski e o da Adin 4010 é o Ministro Menezes Direito, porém ambas estão aguardando decisão do pedido de liminar.

Os argumentos presentes nessas Adins são que a quebra do sigilo bancário viola a intimidade, a vida privada, e retira uma condição imprescindível da atividade bancária, que é a segurança na relação cliente/bancos, atrapalhando o próprio êxito da atividade bancária, não obedecer aos princípios/garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, da reserva de jurisdição e da tripartição dos poderes.

A supressão da ordem judicial na quebra do sigilo bancário não poderia ter sido feita por leis complementares, como o foi, muito menos por emenda constitucional diante do peso de ser uma cláusula pétrea, ou seja, a Constituição Federal em seu artigo 60, §4º, inc. IV, afasta qualquer proposta de emenda constitucional tendente a abolir direitos e garantias individuais, como as são as garantias de inviolabilidade de dados e da intimidade.

Já no STJ, antes mesmo da Lei Complementar nº 105/2001 suas turmas já divergiam acerca do tema e hoje essas divergências continuam existindo julgados a favor e contra a citada norma.¹

No âmbito do STF a matéria também é bastante polêmica e destinatária de grandes discussões filosóficas e doutrinárias, porém nota-se uma tendência da Suprema Corte em permitir a quebra do sigilo bancário apenas por meio de decisão judicial fundamentada.

A sinalização para essa tendência está nas declarações prestadas pelo ministro Marco Aurélio Mello à mídia nacional quando o mesmo foi perguntado acerca da constitucionalidade das Instruções Normativas 802/2007 e 811/2008 baixadas pela Receita Federal do Brasil, afirmou que o Supremo, se convocado a se pronunciar, restabelecerá a supremacia da Constituição. Acreditando ainda que não se pode quebrar o sigilo bancário do cidadão no afã de arrecadar (*on line*, 2008).

Inclusive o Supremo Tribunal Federal (STF), em julgamento recente, negou ao Banco Central autorização para quebrar o sigilo bancário de um correntista. Prevalendo o voto do relator do processo, ministro Marco Aurélio de Mello, que sustentando que o sigilo bancário, só pode ser suspenso por ordem judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

¹ Ver REsp 985432, RMS 20350, REsp 810428, REsp 493082.

SIGILO DE DADOS - ATUAÇÃO FISCALIZADORA DO BANCO CENTRAL - AFASTAMENTO - INVIABILIDADE. A atuação fiscalizadora do Banco Central do Brasil não encerra a possibilidade de, no campo administrativo, alcançar dados bancários de correntistas, afastando o sigilo previsto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. **(STF, RE 461366/DF, 1ª. T., Rel. Marco Aurélio Mello, maioria de votos, DJ 05/10/2007)**

É ainda bastante interessante trazermos a colação parte da ementa do despacho do recurso Extraordinário Nº 261278, da lavra do Ministro Carlos Velloso, a respeito da matéria:

[...]

No julgamento do RE 215.301/CE, por mim relatado, decidiu o Supremo Tribunal Federal: "EMENTA: - CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. SIGILO BANCÁRIO: QUEBRA. C.F., art. 129, VIII. I. - A norma inscrita no inc. VIII, do art. 129, da C.F., não autoriza ao Ministério Público, sem a interferência da autoridade judiciária, quebrar o sigilo bancário de alguém. Se se tem presente que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade, que a C.F. consagra, art. 5º, X, somente autorização expressa da Constituição legitimaria o ministério Público a promover, diretamente e sem a intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa. II. - R.E. não conhecido" ("D.J." de 28.5.99). Invoquei, no meu voto, o voto que proferi na Pet 577/DF - caso Magri - ocasião em que dissertei a respeito do tema (RTJ 148/366), "asseverando que o direito ao sigilo bancário não é, na verdade, um direito absoluto - não há, aliás, direitos absolutos - devendo ceder, é certo, diante do interesse público, diante do interesse social, diante do interesse da justiça, conforme, esclareça-se, tem decidido o Supremo Tribunal Federal. Todavia, deixei expresso no voto que proferi no MS 21.729/DF, por se tratar de um direito que tem status constitucional, a quebra não pode ser feita por quem não tem o dever de imparcialidade. Somente a autoridade judiciária, que tem o dever de ser imparcial, por isso mesmo procederá com cautela, com prudência e com moderação, é que, provocada pelo Ministério Público, poderá autorizar a quebra do sigilo[...].

CONCLUSÃO

Podemos concluir diante de tudo que foi exposto, ao contrário do que defendem muitos juristas de renome como Ivens Gandra Martins, Miguel Reale, James Marins, entre outros, que a transferência do sigilo bancário não fere o princípio da reserva da jurisdição, pois os dados manipulados pela Administração Tributária são apenas montantes globais que não ferem a intimidade do contribuinte. Porém, a partir do momento em que se solicita ao banco o extrato bancário, onde se mostra o histórico da movimentação, como: proventos, pagamento de títulos, etc, aí poderia se falar em uma possível quebra do sigilo Bancário, com violação da intimidade, ou vida privada do indivíduo.

É bem verdade que atualmente a Receita Federal do Brasil tem solicitado em procedimento fiscal o extrato bancário, ao contribuinte, não sendo atendida a solicitação, às instituições, o que aí poderá gerar a violação à sua intimidade, ao seu modo de viver. Mas os montantes globais por si só não ferem a intimidade do indivíduo e juntamente com outros indícios encontrados constituirão em conjunto probatório para o lançamento fiscal.

Se considerarmos que os montantes globais ferem o direito de intimidade do indivíduo, teremos, então, por questão de coerência, de considerar também qualquer Declaração de Rendimentos, seja de Imposto de Renda Retido na Fonte – DIRF ou de Informações sobre Atividades Imobiliárias – DIMOB ou de Operações com Cartão de Crédito - DECRED inconstitucionais, uma vez que são declarações prestadas por terceiros acerca de montantes auferidos pelos contribuinte.

Além do mais o Poder Judiciário a qualquer momento poderá manifestar-se sobre a quebra do sigilo bancário caso seja provocado, e que a reserva absoluta de jurisdição com fundamento no artigo 5º, inciso XII, interpretando literalmente o vocábulo “dados”, dele constante, não permitiria nem mesmo à Justiça autorizar quebra de sigilo bancário.

O que ocorre é uma tensão entre princípios, onde o interesse público, constitucionalmente definido através dos fundamentos e dos objetivos da República Federativa do Brasil, combinado com art . 145 da Constituição Federal deve prevalecer sobre o direito individual do sigilo bancário.

A sociedade brasileira não pode admitir que uma minoria privilegiada, pessoas naturais e jurídicas, continue a utilizar o sigilo bancário como escudo, tornando-o indevassável ou dificultando seu alcance, com o objetivo de se esquivar de suas obrigações tributárias, deixando recair sobre os que menos renda tem, os mais sacrificados, o ônus de suportarem carga tributária desproporcional à sua capacidade econômica ou contributiva ou o utilizando para ocultar negócios ilícitos como corrupção, tráfico de drogas, terrorismo, etc.

Não é razoável aceitar que um assalariado que ganhe dois mil reais seja tributado com Imposto de Renda Retido na Fonte, enquanto pessoas não assalariadas que se dizem isentas, mas que movimentam elevadas quantias anualmente, não paguem nenhum *quantum* de imposto, confiantes na inoperabilidade do Estado, escondendo-se no manto do sigilo bancário.

Com a abertura de mercado e a globalização há um largo acesso às transações bancárias sem fronteiras, o que facilita transações anônimas e imediatas levando a evasão fiscal e a corrupção fiscal a qualquer parte do mundo, inclusive fazendo com que nosso país seja destino de criminosos. E, embora o capital estrangeiro traga recursos ao país, este capital, se for proveniente de atividades ilícitas também traz com ele mazelas ainda piores que aquelas que já temos como: tráfico internacional de drogas, máfias estrangeiras, turismo sexual, marginalização, etc.

Apesar das Adins ainda não terem sido julgadas grande parte dos juristas, talvez analisando a quebra do sigilo bancário de maneira meramente formal, esquecendo da dinamicidade da sociedade brasileira e do mundo, que mais do que nunca, enfrenta problemas mundiais de corrupção, de lavagem de dinheiro, de tráfico de drogas, torce e esbraveja pela inconstitucionalidade da Lei Complementar N^o 105/2001.

Porém, diante da necessidade da relativização do sigilo bancário com o fito de fazer com que o mesmo não seja utilizado para práticas ilícitas nocivas, acreditamos que os Ministros do Supremo Tribunal Federal, mesmo com essa tendência demonstrada na opinião do Ministro Marco Aurélio Mello, terão sensibilidade para relativizar o sigilo bancário nos termos da Lei Complementar nº 105/2001, por ser razoável e trilhar os caminhos da sociedade justa e igualitária. Aceitar esse novo paradigma é primar pela *voluntas legis* constitucional e não apenas afã arrecadador.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Lúcio. **Sigilo.** Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/senador/lucalc/2000/artigos/sigilo.html>> Acesso em: 29 mar 2008.

AMARAL, Gilberto Luiz do. **Riscos e Implicações da Sonegação Fiscal.** Disponível em: <<http://www.direitofiscal.com.br/content/estudos/riscoseimplic.html>> Acesso em: 25 jan 2008.

BASTOS, Núbia M. Garcia. **Introdução à Metodologia do Trabalho Acadêmico.** Fortaleza: [s ed.], 2003.

CASTRO, Aldemário Araújo. **A constitucionalidade da transferência do sigilo bancário para o fisco preconizada pela lei complementar nº 105/2001.** Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 28.jan.2008.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. O sigilo bancário e a tutela preventiva. **Revista Dialética de Direito Tributário**, nº68, 2001.

COVELLO, Sérgio Carlos. **O Sigilo Bancário, com particular enfoque na tutela civil.** São Paulo: Universitária de Direito, 1991.

_____. O Sigilo Bancário como Proteção à intimidade. **Revista dos Tribunais**, ano 1978, nº 648.

Colóquio Internacional de Direito Tributário, III. Repertório de Jurisprudência IOB, Caderno 1/16463, no. 19/2001, 1^a. quinzena de outubro de 2001.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **O combate à sonegação fiscal e o direito ao sigilo bancário. A constitucionalidade da Lei Complementar no. 105/2001 e da lei no. 10.174/2001**

sob o enfoque da Teoria dos Direitos Fundamentais. Disponível em: <<http://www1.jus.com.Br/doutrina/imprimir.asp?id=3664>>. Acesso em : 28 jan 2008

DELGADO, José Augusto. O sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista e Doutrina do STJ Publicações Eletrônicas**. Editora Consulex, 2 CDs. [s.d.]

DWORKIN, Ronald. **Império do direito**. 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados**: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, nº 1, ano 1. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1992.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário Aurélio**. 2.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

FOLMANN, Melissa. **Sigilo Bancário e Fiscal**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

HADDAD, Gilberto. **Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada: Conflitos entre Direitos da Personalidade**. São Paulo: RT, 2000.

MADUEÑO, Denise. STF pode derrubar fiscalização criada após fim da CPMF. **O Estado de São Paulo**. disponível em em <http://www.estadao.com.br/economia/not_eco102956,0.htm> Acesso em 16 jan 2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org). **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MELLO FILHO, Álvaro. Dimensões Jurídicas do Sigilo Bancário, **Revista Forense**, vol 287, jul./ago./set. de 1984.

PORTAL DO GOVERNO PORTUGUÊS. Disponível em < <http://www.portugal.gov.pt>> Acesso em: 25mar.2008.

QUEZADO, Paulo e LIMA, Rogério. **Sigilo Bancário**. São Paulo: Dialética, 2002.

SANTOS, Hermínio. Segredos Suíços. **Diário Digital**. Disponível em: <http://diariodigital.sapo.pt/news_history.asp?section_id=41&id_news=72591> Acesso em: 05 mar 2008.

SCAFF, Fernando Facury. Garantias Fundamentais dos Contribuintes à Efetividade da Constituição **Revista Dialética de Direito Tributário**, . São Paulo: nº 94, 2003.

SECCO, Alexandre; LIMA, Gabriel de. Para Tirar a fera da Sala. **Revista Veja**, ano 36, nº 35, 3 de setembro de 2003.

SILVA, Eivany A. Considerações a respeito do Sigilo de dados, **Revista Dialética de Direito Tributário**, nº 61, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SLIVINSKIS, Hugo Brazioli. **Quebra do sigilo bancário**. Disponível em: <<http://www.slivinskis.net/artigos/sigilobancario.htm>> Acesso em: 02 mar. 2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 02 mar 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br> > Acesso em: 02 mar 2008.