



A QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO EM INVESTIGAÇÃO FISCAL

Artigo publicado no livro Doutrina Essenciais: Direito Penal Econômico da Empresa. Revista dos Tribunais – 2011. Pg. 1070-1096.

SUMÁRIO: 1. Garantia Constitucional ao Sigilo – 1.1. Sigilo Bancário – 2. Princípio da proporcionalidade à vista do sigilo bancário – 3. Questionamentos quanto a quebra de sigilo bancário – 3.1. CPMF como instrumento fiscalizatório – 3.2. Princípio da separação dos poderes e da universalização da jurisdição – 4. Considerações finais.

1 GARANTIA CONSTITUCIONAL AO SIGILO

O país passou pela experiência histórica de ser governado por militares, sendo um marco histórico que afetou em muito as relações jurídicas na época. No Regime militar prevaleceu um sistema autoritário, o qual impunha a nação à intimidação por meio de instrumentos que feriam, flagrantemente, os direitos naturais até ali conquistados pela humanidade. Aqueles que não se submetessem docilmente aos desígnios dos governantes tinham seus direitos desprezados, vez que sofreriam as mais horríveis espécies de desrespeitos à personalidade humana.

Era comum em sistemas políticos autoritários, a obtenção de informações por meio de espionagens, quebrando muitas vezes o direito de privacidade, visto que era um meio eficaz e rápido para obter dados úteis para os mais diversos interesses.

Devido a essa onda de desrespeito à personalidade humana, se constata o aparecimento de movimentos sociais em busca da redemocratização do Brasil, que reivindicava prevalência dos direitos e garantias que seriam invioláveis pelo Estado, com a conseqüente edição de uma nova Constituição.



Buscava-se o retorno da consolidação das garantias individuais conquistadas no auge do pensamento francês que em 26 de agosto de 1789, frente a ignorância, esquecimento e desprezo dos direitos nacionais foi proclamada a Declaração dos direitos do homem e do cidadão, sendo que dentre os ideais democráticos, o que mais influenciou o pensamento constitucionalista foi que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”(art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão). Isso levou a reflexão dos constitucionalistas acerca da real e efetiva eficácia das normas constitucionais no meio social.

Esses anseios não demoraram muito tempo a se tornarem realidade, já que não se suportava mais tantas arbitrariedades sem limites constitucionais no Brasil, o que levou o constituinte em 1987 elaborar uma nova Carta Magna que traria de volta os direitos que estavam afastados pelos períodos antidemocráticos enfrentados pelo país.

Nesta esteira da história constitucional moderna, a Constituição Federal de 1988, traz uma série de direitos e garantias típicas de um Estado Democrático de Direito, como por exemplo, o art. 5º da Carta Constitucional onde foram inseridos os direitos e garantias individuais, os quais são intitulados como direitos fundamentais, inalteráveis, por força do art. 60, § 4º da própria Constituição Federal.

Os direitos fundamentais tinham tal denominação no ordenamento jurídico, justamente para servir de fundamentação para a legislação infraconstitucional, como bem leciona Ferdinand Lassalle:

“Que constitua – pois de outra forma não poderíamos chamá-la de fundamental – o verdadeiro fundamento das outras leis, isto é, a lei fundamental, se realmente pretende ser merecedora desse nome, deverá informar e engendrar as outras leis comuns originárias da mesma. A lei fundamental, para sê-lo, deverá, pois, atuar e irradiar-se através das leis comuns do país”.¹

Com isso, num Estado Democrático de Direito, a existência de um rol de direitos individuais que garantam a proteção do cidadão contra arbitrariedades do próprio Estado, sendo que nenhum preceito infraconstitucional poderá estar em contradição com tais direitos.

¹ LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**, 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2000, p. 9.



Diante desse panorama, dentre os direitos de personalidade, destacou-se a privacidade, a qual garante que o indivíduo possa estar *“isolado, independente de todos os outros, embora juntamente com todos os outros, mas cada um por si, é o fundamento da sociedade”*.² Representando que cada indivíduo teria o direito de possuir segredos e assuntos condizentes com sua vida privada que deveriam estar fora do conhecimento de terceiros.

Para Celso Ribeiro Bastos, a proteção à vida privada consiste *“na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano”*.³

Esse episódio denota uma forte contribuição da mentalidade burguesa, já que era interesse dessa classe que o Estado interviesse o menos possível nas relações intersubjetivas, deixando a cargo de cada cidadão, a escolha dos caminhos, objetivos e metas a serem perquiridas por ele⁴.

A Constituição Federal Brasileira é bastante clara no sentido de coibir a invasão da privacidade dos indivíduos, quando criou mecanismos para sua preservação, bem como ressarcimento quando ofendida, mesmo tendo em mente que os direitos de personalidade são extrapatrimoniais, vez que isto não impede que sua violação comporte reparação pecuniária.

Nos dias atuais, na prática de atividades corriqueiras, como fazer compras ou realizar operações pela internet, é possível que ocorra uma ofensa à um direito de privacidade, pois expõe a segurança individual perante a sociedade. Nesse sentido, António Manuel Hespanha⁵ defende que o conceito jurídico de privacidade vem se modificando no decorrer do tempo, devido às novas exigências sociais o que propicia que novas situações sejam abarcadas por esse instituto. O que se leva a repensar que cada direito está inserido dentro de um contexto

² BOBBIO, Norberto. citado por LEWICKI, Bruno. **A Privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 44.

³ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 63.

⁴ Cf. LEWICKI, Bruno. **A Privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 44.

⁵ HESPANHA, António Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. Lisboa: Publicações Europa-América, 1997, p. 73-74.

jurídico; quando ocorre uma mudança nessa conjuntura, automaticamente, o conceito de tal direito deverá ser revisto e adaptado às novas situações sociais.

Não se pode confundir as proteções constitucionais sobre a intimidade e privacidade, vez que aquela enquanto diz respeito ao espaço íntimo da pessoa, a privacidade por seu turno, envolve todas as outras relações sociais, englobando aquelas situações em que haja o relacionamento de Estado e cidadão.

Quando se estuda a natureza jurídica do sigilo bancário é possível entender que a proteção aos dados bancários refere-se à privacidade dos indivíduos, já que o acesso a informações da esfera íntima é vedada aos próprios bancos. Não é aceitável que as instituições bancárias condicionem a abertura de créditos frente a conhecimento de informações ou fatos de cunho estritamente pessoais⁶.

Dessa forma, o sigilo bancário configura-se como proteção da privacidade, estampados na Carta Magna.

1.2 SIGILO BANCÁRIO

A Constituição Federal garante o direito ao sigilo de dados ao inserir o inciso XII do art. 5º, pois assegura ao indivíduo o direito de preservar informações perante terceiros, isto é, haverá dados que só serão levados a público por iniciativa do próprio titular do direito ou por autorização judicial.

Assim, atualmente é pacificado na doutrina que o sigilo bancário seja uma derivação do sigilo de dados, este expresso na Constituição, o que deixa claro que os dados bancários fazem parte do rol de direitos fundamentais do cidadão. A aceitação do direito de sigilo bancário como um direito fundamental se deu por etapas, sendo que a jurisprudência deixou

⁶ Cf. DELGADO, José Augusto. **O sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro**. In Revista de Estudos Tributários, síntese, nº 22, nov/dez, 2001, p.147.

bem perceptível essa relação entre o indivíduo e a informação. A primeira fase pode ser entendida como uma certa rejeição em se considerar que o sigilo bancário seria realmente um direito fundamental, como entendeu Francisco Rezek, em seu voto no mandado de segurança nº 21.729-4/DF⁷, do Supremo Tribunal Federal. Num segundo momento, o Supremo Tribunal Federal começou entender que o sigilo bancário não era um direito absoluto, que deveria ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da Justiça⁸.

Um ponto que causou certa polêmica era se o sigilo bancário, por não estar expressamente previsto na Constituição Federal, teria caráter absoluto ou relativo.

De um lado cita-se o entendimento de Ronald Dworkin, o qual defende que *“a Constituição e, particularmente, os direitos fundamentais são designados a proteger os cidadãos ou grupos contra certas decisões que a maioria possa querer tomar, mesmo quando essa maioria age naquilo que parece ser o interesse geral ou comum”*⁹.

Tal caminho indica que o interesse da maioria, para o fim de combater a sonegação fiscal, não teria o condão de autorizar a quebra de sigilo, por este ser um direito fundamental de proteção inabalável.

Neste mesmo raciocínio, corrobora John Rawls, que desenvolveu a tese chamada *“Theory of Justice”* (Teoria da Justiça), lecionando que não é possível restringir um direito fundamental em face de outro direito relevante, *in verbis*:

“Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar. Por essa razão, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns justifique por um bem maior partilhado por

⁷ “Parece-me, antes de qualquer outra coisa, que a questão jurídica trazida à Corte neste mandado de segurança não tem estatuto constitucional. Tudo quanto se estampa na própria Carta de 1988 são normas que abrem espaço ao tratamento de determinados temas pela legislação complementar. É neste terreno, pois, e não naquele da Constituição da República, que se consagra o instituto do sigilo bancário – do qual já se repetiu ad nauseam, neste país e noutros, que não tem caráter absoluto”.

⁸ 5014884 – CONSTITUCIONAL – SIGILO BANCÁRIO: QUEBRA – ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO – CF, ART. 5º, X – 1. Se é certo que o sigilo bancário, que é espécie de direito à privacidade, que a Constituição protege 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 estabelecido em lei e com respeito ao princípio da razoabilidade. No caso, a questão foi posta, pela recorrente, sob o ponto de vista puramente constitucional, certo, entretanto, que a disposição constitucional é garantidora do direito, estando as exceções na norma infraconstitucional. 2. RE não conhecido. (STF – RE 219780 – 2ª T. – Rel. Min. Carlos Velloso – DJU 10.09.1999 – p. 23)

⁹ DWORKIN, Ronald. citado por BELLOQUE, Juliana Garcia. **Sigilo bancário: análise crítica da Lc 105/2001**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 117.



outros. Não permite que os sacrifícios impostos a uns poucos tenham menos valor que o total maior das vantagens desfrutadas por muitos.”¹⁰

Neste prisma, é permitido entender que o direito ao sigilo poderia ser considerado em caráter absoluto, por se tratar de um direito individual fundamental, sendo que o Estado não poderia sacrificar o direito de um grupo pequeno em prol da coletividade, uma vez que o valor jurídico do bem a ser protegido deverá ser equânime. Aderindo a esta posição doutrinária o entendimento que prevaleceria era que a quebra do sigilo bancário, mesmo que com base no interesse coletivo, estaria sendo injusta por não haver indisponibilidade em direitos constitucionalmente assegurados.

Ocorre que essa tese ora exposta poderia causar certos malefícios para a sociedade, uma vez que pessoas agindo maliciosamente poderiam se aproveitar do sigilo bancário para cometer infrações e crimes e utilizar esse direito constitucional como escudo em prol da impunidade.

Para tanto, com base na leitura da Carta Constitucional de 1988, é possível defender a tese de que os direitos fundamentais não possuem um caráter absoluto, por existirem situações em que haverá necessidade de se restringir certos direitos para prevalência de outros mais relevantes no caso concreto.

Analizando tais fatores o professor Alexandre de Moraes¹¹ acrescenta que os direitos fundamentais possuem o elemento da complementaridade, significando que eles não poderão ser interpretados isoladamente, visto que estão inseridos num ordenamento jurídico e devem estar em consonância com ele. Desse modo, esse autor defende a relativização dos direitos fundamentais, conforme leciona: “(...) os incisos X e XI, do art. 5º, da Constituição Federal, como todas as demais liberdades públicas, não são absolutos, podendo, em virtude do critério da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), ser atenuados.”¹²

¹⁰ RAWLS, John. citado por STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 114.

¹¹ MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 41.

¹² MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral...**, p. 64.



Nessa mesma linha de raciocínio, Canotilho leciona que em muitos casos *“a segurança existencial do Estado’ é um bem legitimador de importantes restrições aos direitos fundamentais¹³.”*

Assim, o sigilo bancário deve estar em consonância com o resto do ordenamento jurídico brasileiro, o que o obriga a ter caráter relativo para se adaptar.

2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE À VISTA DO SIGILO BANCÁRIO

Com advento da modernidade, houve mudanças significativas nas relações sociais, que conseqüentemente, acabaram provocando uma verdadeira revolução nas relações tributárias.

Em face dessas mudanças ocasionadas pela rápida expansão tecnológica, as atividades tributárias se tornaram mais complexas exigindo do Estado um processo de modernização e, ao mesmo tempo, criação de mecanismos mais eficientes para fiscalização e arrecadação tributária.

Com isso, os órgãos fiscalizadores acompanhando as mudanças sociais, tiveram que otimizar a fiscalização através de técnicas mais avançadas de investigação fiscal tais como: softwares sofisticados, aperfeiçoamento dos fiscais e cruzamento de dados dos contribuintes. Desse modo, tornou-se prioridade da administração pública a elaboração de instrumentos eficazes para o fim de combater a inadimplência fiscal, propiciando, portanto, a ampliação do poder de polícia estatal, conforme leciona Onofre Alves Batista Júnior: *“A meu ver, o avanço da “globalização” provoca a necessidade de uma reconquista de certo poder estatal, não mais através da assunção da iniciativa econômica, mas através da atuação de ‘polícia’.”¹⁴*

Tendo em vista a necessidade de aumento de investimentos dos entes estatais na sociedade, o Estado elaborou uma nova política fiscal para arrecadação de tributos, investindo em medidas de otimização do poder de polícia¹⁵ na sua função fiscalizatória tributária.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 1.139.

¹⁴ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Breves notas sobre fiscalização tributária**. In Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário, Belo Horizonte: Del Rey, ano III, n. 07, set/dez, 2000, p. 122.

¹⁵ Celso Antonio B. de Mello define Poder de Polícia *“Através da Constituição e das leis os cidadãos recebem uma série de direitos. Cumpre, todavia, que seu exercício seja compatível com o bem-estar social. Em suma, é necessário que o uso da liberdade e da propriedade esteja entrosado com a utilidade coletiva, de tal modo não*



Em visto disso, é possível compreender que a Constituição Federal estabelece proteção especial sobre a liberdade e propriedade dos cidadãos. Em contrapartida, o cidadão é compelido a abrir mão de parte desses dois direitos em favor do interesse da coletividade. Em outras palavras, o Estado terá o direito-dever de limitar os interesses particulares em prol de benefícios da sociedade de um modo geral, utilizando-se do poder de polícia administrativa, nos moldes da lei, conforme definido no art. 78 do Código Tributário Nacional.¹⁶

Essa nova “roupagem” da atividade fiscalizatória do Estado é compatível com o princípio da eficiência da administração pública, expresso no art. 37 da Constituição Federal, o qual permite que os órgãos fiscalizadores busquem meios mais adequados para interceptarem atos praticados fora da legalidade.

Em linhas gerais, a professora Maria Sylvia Di Pietro¹⁷ destaca que o princípio da eficiência desdobra-se em dois aspectos, sendo que num primeiro momento será apreciado no modo de atuação do agente público e, posteriormente no modo de organização da Administração Pública. É necessário verificar se a atuação do agente público atende à eficiência disciplinada pela Constituição Federal; seria uma análise objetiva da prestação do serviço público. Não obstante, esse princípio também surte efeitos no modo em que a Administração Pública se organizará para o desempenho de tais serviços. Não basta que o agente público busque uma prestação de serviço público adequada se não houver um planejamento ou metas a serem alcançadas, enfim uma organização que suportasse tais exigências.

Para isso o Estado contemporâneo se desenvolve com o corolário de buscar a eficiência administrativa, tendo suas atividades praticadas nos estritos caminhos trilhados pelo princípio da legalidade, o qual determina que a administração somente poderá fazer o que a lei lhe determinar.

Os obstáculos jurídicos que a Fazenda Pública enfrenta para desvendar as fraudes tributárias e, também, resgatar os recursos desviados, concentrava-se no fato de que os direitos fundamentais, em muitos casos, são utilizados como escudos protetores de atividades

implique uma barreira capaz de obstar a realização dos objetivos públicos” (MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 17º ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 714).

¹⁶ Cf. MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de direito administrativo** ... p. 714.

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 83.



ilícitas. Isto levou os operadores do direito a repensarem a finalidade social de tais direitos contrabalançando com as funções estatais.

Diante do cenário tumultuado brasileiro, foi aprovada a Lei Complementar 105/2001, a qual define o procedimento para investigação financeira do contribuinte. Essa legislação complementar possibilitou que as autoridades tributárias tivessem acesso aos dados protegidos pelo sigilo bancário sem necessidade de autorização judicial, bastando, tão somente haver um processo administrativo instaurado, bem como que tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente¹⁸.

Em suma, é uma maneira mais célere de investigação tributária, onde o fiscal poderá confrontar os dados bancários com o pagamento de tributos realizados pelo contribuinte.

Frente às críticas feitas à nova legislação que regula o sigilo bancário, Procuradores da Fazenda Nacional lançaram teses em que defendem que o procedimento de transferência de dados bancários ao Fisco não caracterizaria uma quebra de sigilo, já que não terá comunicação dos dados à terceiros¹⁹.

É de se levar em consideração que a responsabilidade pela manutenção do sigilo bancário cabe às instituições financeiras e ao Banco Central. No momento em que terceiros, incluindo os agentes fiscais, tomam conhecimento de dados que estão sob o sigilo de uma instituição financeira, por óbvio que terá sido quebrado esse direito. Mesmo porque, o agente fiscal constatando qualquer irregularidade nos dados bancários, terá o dever de autuar o titular da conta, e por imposição legal justificar a sanção de forma motivada.

¹⁸ “Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

(...)

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

(...)

III – o fornecimento das informações de que trata o § 2º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996;

IV – a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;”

¹⁹ Nessa linha de pensamento o Procurador da Fazenda Nacional Aldemario Araújo de Castro defender que: “Importa ainda ressaltar que o conhecimento das operações bancárias pelo Fisco não significa quebra do sigilo bancário. A idéia de quebra está relacionada com a comunicação ou informação prestada a terceiros, de forma ampla, dos dados protegidos. Não há quebra quando as informações são transferidas, por razões juridicamente aceitáveis, com a manutenção do traço sigiloso por parte do novo conhecedor” (CASTRO, Aldemario Araújo. **A constitucionalidade da transferência do sigilo bancário para o fisco preconizada pela lei complementar nº 105/2001**. Disponível na Internet: <http://www.aldemario.adv.br/sigilob.htm>, 07/05/05)



O desenvolvimento do processo de fiscalização deve obedecer ao princípio da publicidade, vez que *“reporta-se à obrigatoriedade de que todos os atos e fatos envolvendo a Administração Pública, no seio de sua atividade, sejam trazidos ao conhecimento do povo”*²⁰. Nessa perspectiva, torna-se essencial que o agente fiscal faça descrição do fato infracional, bem como relatar as circunstâncias que o motivou a penalizar determinado cidadão.

No momento em que o agente fiscal tiver a obrigatoriedade legal de atender o princípio da publicidade, terá quebrado complementarmente o sigilo bancário do cidadão.

Para tanto, é necessário entender que diante das diretrizes constitucionais resta claro, que a administração pública deve buscar prestar suas atividades comprometendo-se a desenvolvê-las da maneira mais eficiente possível, sendo que seu encargo é cobrar e fiscalizar o tributo de quem realmente tem o dever de pagá-lo, via de consequência, punir quem deixar de cumprir essa obrigação.

A eficiência na investigação fiscal não é novidade trazida pela legislação infraconstitucional, visto que o art. 145 da Constituição Federal já previa o direito-dever dos entes tributantes buscarem as melhores formas possíveis para identificar o patrimônio do contribuinte suscetível de tributação²¹. Ao mesmo momento em que a Constituição Federal confere certa liberdade para administração tributária investigar os contribuintes, também fixa limites para que sejam respeitados os direitos individuais do cidadão, o que denota que o princípio da eficiência não se resume ao fato da administração cumprir seus deveres constitucionais, ou seja, arrecadar tributos, mas também de respeitar os direitos fundamentais do cidadão.

Com base no princípio da eficiência na administração tributária, a LC 105/2001 trouxe à tona mecanismos para melhorar os procedimentos utilizados, até então, para a investigação fiscal. Mas, inevitavelmente, essa legislação complementar fez com que houvesse o choque entre um interesse coletivo, em fazer-se realizar a eficiência da arrecadação tributária do Estado, com o direito fundamental do sigilo, ambos garantidos pela Constituição Federal.

²⁰ FOLMANN, Melissa. **Sigilo bancário e fiscal**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004, p. 79.

²¹ Art. 145 (...) §1º *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.*



No que concerne à aplicação dos direitos fundamentais, é reconhecido pela doutrina e jurisprudência nacional, que os direitos fundamentais não são absolutos, podendo ser restringidos, caso haja conflitos com outros direitos. Acredita-se que estando os direitos fundamentais inseridos dentro do ordenamento jurídico brasileiro, deverão conciliar-se com outros direitos ali previstos, sendo permitida sua limitação em face de interesse da justiça, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“Não tem caráter absoluto a garantia do sigilo bancário, cuja dispensa se acha regulada pelo § 1º do art. 38 da Lei nº 4.595-64, sendo facultada ao Juiz a providência, em caso de relevante interesse público. Precedentes do Supremo Tribunal: PET 577, DJ 23-4-93 e RMS 23.002, DJ 27-11-98. (STF – AGRPET 1564 – TP – Rel. Min. Octavio Gallotti – DJU 27.08.1999 – p. 58).”

Nesse sentido, o professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior²² entende que no caso de quebra de sigilo bancário haverá sempre o choque do princípio da transparência que domina a esfera pública com o princípio da exclusividade que domina a esfera privada. Em outras palavras, o indivíduo terá o direito de sigilo bancário, e do outro lado estará o direito-dever da administração pública investigar os ilícitos, sendo que seus atos administrativos devem obedecer obrigatoriamente ao princípio da transparência.

Ressalta-se que a determinação de quebra de sigilo remete a um embate entre o direito fundamental da privacidade em face de um bem constitucionalmente protegido, que seja: o interesse coletivo em primar pela eficiência da administração pública.

Diante disso, faz-se necessário entender a classificação de colisões de direitos fundamentais elaboradas pelo professor alemão Robert Alexy²³, no qual ele a divide em: sentido amplo e estrito. Este ocorre quando há a prevalência de um direito fundamental sobre outro direito fundamental, sendo eles idênticos ou não. Já em sentido amplo, verifica-se a colisão entre direitos fundamentais individuais e bens coletivos constitucionalmente protegidos.

²² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo bancário**. In Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e de Arbitragem, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 04, n. 14, p. 25, out/dez, 2001.

²³ ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático**. In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Renovar, nº 217, p. 67/79, jul/set, 1999.



No presente estudo, detecta-se que a colisão baseia-se num bem constitucionalmente protegido tendo por núcleo fundamental a limitação da eficácia do direito individual do sigilo bancário.

Assim, não há como ter uma solução pronta e acabada para um caso que demanda a quebra de sigilo, claramente essa situação pode ser configurada como um dos chamados “*hard cases*”²⁴ (casos difíceis), definida pelo professor da Universidade de Oxford, Ronald Dworkin. Isso é constatado quando não bastaria, tão somente, aplicar automaticamente a norma sobre o caso concreto. Dentro dessa mesma linha, compreende-se que não há uma decisão certa para o caso, mas sim várias, na qual o julgador deverá escolher a mais adequada objetivando o alcance da justiça. Isso significa que não é uma função simples, tem-se que buscar uma valoração jurídica, através da proporcionalidade, do caso frente ao ordenamento jurídico.

Diante de uma situação de colisão de direitos, aceita-se, em algumas situações, que o direito fundamental seja limitado para abrir espaço para aplicação de outro direito constitucional. É válido lembrar que Guilherme Braga Peña de Moraes²⁵ lecionando sobre a restrição de direitos fundamentais, entende que para ocorrer tal fenômeno devem estar presentes dois requisitos: princípio da legalidade e da proporcionalidade. No primeiro princípio, entende-se que a restrição deve ocorrer por norma jurídica, cuja existência foi dada por modo legítimo. E num segundo momento deve-se verificar a aplicação do princípio da proporcionalidade, para a ponderação dos valores existentes.

A limitação de direitos fundamentais é aceita para que em alguns momentos possa manter o equilíbrio das relações jurídicas, em vez prevalecendo um direito que no caso concreto mereça guarida pelo direito. Quando por exemplo, o art. 5º, XVI, da Constituição Federal garante o direito à livre reunião, está expressa a garantia da liberdade de se reunir, no entanto, ela também prescreve uma limitação, sendo que tal reunião se realize para fins

²⁴ “Casos difíceis ou duvidosos são aqueles cuja decisão normativa final não é alcançada com uma simples interpretação e aplicação de normas. Isto é, não são casos passíveis de solução pela mera e imediata observância de normas. A solução não é a consequência de um imediato enquadramento normativo. Não há um única solução correta possível. Cogitam-se de alternativas. São situações que exigem complexas e refinadas técnicas de decisão” (DWORKIN, Ronald. citado por STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 68)

²⁵ MORAES, Guilherme Braga Peña de. **Dos direitos fundamentais: contribuição para uma teoria: parte geral**. São Paulo: LTr, 1997, p. 206/208.



pacíficos. Pois na atualidade, é inconcebível garantir um direito sem ter como limitá-lo frente a outros direitos constitucionais, que em determinadas circunstâncias poderão até ter um valor jurídico superior aos direitos fundamentais.

Nesse sentido o professor alemão Konrad Hesse defende a possibilidade da limitação dos direitos fundamentais, alertando, porém o cuidado da repercussão das consequências de tal restrição:

“(...) essa determinação proporcional nunca deve ser efetuada em uma forma que prive uma garantia jurídico-fundamental mais do que o necessário, ou até completamente, de sua eficácia na vida da coletividade. A limitação de direitos fundamentais deve, por conseguinte, ser adequada para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada.”²⁶

Assim, entende-se que a necessidade de ponderação de valores se torna ainda mais evidente para o julgador, para que frente ao caso concreto analise em que contexto a colisão de direitos está inserida, para que no momento da aplicação da solução não se elimine um dos direitos em jogo, mas sim escolha a melhor decisão possível para o caso, sempre mantendo no ordenamento ambos dos direitos colididos. O que se poderá reduzir é a aplicabilidade do direito fundamental do sigilo ao caso concreto na medida da necessidade, mas sempre garantindo sua existência.

Em se tratando de uma legislação infraconstitucional que garante a quebra de sigilo bancário, com embasamento em diretrizes constitucionais, acabou a ocasionar uma verdadeira colisão de valores protegidos pela constituição, que se deve balanceá-las para evitar instabilidade nas relações sociais.

Ressalta-se que, para determinar a quebra de sigilo, deve-se levar em conta as circunstâncias que envolvem o caso concreto. Uma vez que em cada fato apresentado ao julgador poderá prevalecer um bem jurídico diferente, visto que inexistente uma hierarquia de valores, senão, certamente existiria algo automático em que seriam sacrificados valores mais baixos para atingir os valores mais altos, logo provavelmente aqueles se extinguiriam.

²⁶ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 255-256.



Nesse sentido, o professor Joaquim Canotilho²⁷ entende que mesmo prevalecendo um direito constitucional sobre o outro, por meio do processo de ponderação, há de se preservar o conteúdo nuclear do direito restringido, já que tal conteúdo se mostra de caráter absoluto no ordenamento jurídico. O objeto da restrição é a aplicabilidade do direito fundamental e não o direito propriamente dito.

Com isso, frente a uma situação em que ocasione uma colisão de direitos é indispensável que haja uma ponderação de valores no momento da interpretação, como bem assinala Luís Roberto Barroso, afirmando que *“o legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional”*²⁸.

Em razão disso, é necessário que haja uma análise dos valores em jogo no momento em que for requerida a quebra de sigilo, para isso os *“meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim”*²⁹.

Se constatada a necessidade de se limitar a aplicação de um direito fundamental, o julgador estará carregando enorme responsabilidade, pelo fato de estar com a função de decidir acerca da aplicação ou restrição dos mais preciosos direitos conquistados pela humanidade.

É de se reconhecer que precisou longos anos para que o homem conquistasse como principal garantia humanitária a positivação de seus direitos naturais. No entanto, há casos em que se torna necessário uma limitação do direito individual conquistado para o atendimento de um valor maior, conforme já vem sendo decidido em vários tribunais brasileiros³⁰.

²⁷ CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1992. p. 633.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. In Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 358, p. 107.

²⁹ CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 263.

³⁰ *AGRAVO REGIMENTAL EM PETIÇÃO – EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO – IMPOSSIBILIDADE – LEGALIDADE DA QUEBRA DOS SIGILOS BANCÁRIO E FISCAL – A pretensão do Agravante de dar efeito suspensivo a recurso extraordinário devido a suposta ilegalidade na quebra dos sigilos bancário e fiscal não pode ser acolhida. A jurisprudência do Tribunal só admite efeito suspensivo em Recurso Extraordinário em hipótese de reconhecida excepcionalidade. No caso, essa circunstância não ocorreu. Este Tribunal tem admitido como legítima a quebra de sigilo bancário e fiscal em caso de interesse público relevante e suspeita razoável de infração penal. A iniciativa do Ministério Público de quebrar os sigilos bancário e fiscal do Agravante foi provocada pelo Delegado da Receita Federal com base em prova documental. Ela foi deferida*

Por isso, para que as decisões judiciais não anulem todas as conquistas que existiram na história dos direitos do homem, *“os juízes e tribunais estão obrigados, por meio de aplicação, interpretação e integração, a outorgar às normas de direitos fundamentais a maior eficácia possível no âmbito do sistema jurídico”*³¹. Ao mesmo tempo, também, tem que se levar em conta da importância da concretização da eficiência da administração pública para o alcance dos objetivos sociais de arrecadação tributária, sob pena de uma instabilidade social.

Não seria tolerável que a proteção ao direito individual seja utilizada como uma proteção para encobrir prática de condutas ilícitas. Alexandre de Moraes³² defende uma relativização dos direitos fundamentais, através da qual se evita que tais direitos sejam utilizados como escudo protetivo diminuindo, conseqüentemente, a responsabilidade tributária dos cidadãos. Para isso, deve-se buscar uma adequação do caso concreto às diretrizes constitucionais, visando um único fim, o interesse público, seja prevalecendo a proteção ao sigilo, seja prevalecendo a eficiência administrativa.

Mas para que a ponderação de valores envolvidos na quebra de sigilo seja adequadamente resolvida é imprescindível a aplicação do princípio da proporcionalidade, se buscando uma solução conciliatória entre o antagonismo dos bens constitucionalmente protegidos³³.

Com base na história constitucional moderna, descobre-se que o princípio da proporcionalidade teve seu surgimento como garantia de que toda intervenção do Estado se daria por real necessidade e da forma menos gravosa ao particular. Esse princípio foi melhor estudado e desenvolvido na doutrina e jurisprudência alemã, onde era denominada de *Verhältnismässigkeit*, tendo por função primordial agir como uma barreira dos excessos da intervenção estatal sobre relações particulares.

pela autoridade competente, o Juiz Federal. Portanto não houve ilegalidade. Recurso improvido (STF – Pet-AgR 2790 – RS – 2ª T. – Rel. Min. Nelson Jobim – DJU 11.04.2003 – p. 00040).

³¹ MIRANDA, Jorge. citado por SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 351.

³² Cf. *“Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º, da Constituição Federal não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal dos atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito”* (MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 8º ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 58 e 59).

³³ Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito Constitucional**. 9ª edição, Malheiros, 2000, p. 253.

É desaconselhável que em situações de colisão de valores constitucionais o intérprete da norma, permaneça no campo das discussões e afastado do caso concreto, vez que a solução advém do próprio caso através de uma ponderação dos valores envolvidos.

Wilson Antônio Steinmetz defende que frente ao caso de quebra de sigilo bancário, em primeiro lugar deve-se realizar uma análise da situação do conflito com o intuito de descobrir se o fim almejado obedece à legitimidade constitucional, isto é, se ambos os valores conflitantes possuem respaldo da Carta Magna. Após essa averiguação, é que será aplicado, propriamente dito, o princípio da proporcionalidade, que seguirá três elementos: deverá ter adequação do ato a ser praticado com o fim almejado pelo intérprete; terá que haver uma real necessidade de utilização desse meio; a medida tomada não poderá ser desproporcional entre as partes atingidas³⁴.

Com isso, no momento da interpretação, é necessário que seja realizada uma ponderação de valores envolvidos no caso concreto para o modo de racionalizar a colisão de direitos, possibilitando que exista um meio-termo entre vinculação instituída pela norma cogente e flexibilidade dos princípios³⁵.

3 QUESTIONAMENTOS QUANTO A QUEBRAS DE SIGILO BANCÁRIO

3.1 CPMF COMO INSTRUMENTO FISCALIZATÓRIO

A CPMF (Contribuição Provisória Sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira) foi instituída pela Lei 9.311 de 25 de outubro de 1.996, sendo originária de outra contribuição sob denominação de IPMF. A princípio, essa contribuição tinha caráter provisório, com a finalidade de custear emergencialmente gastos estatais na área da saúde, mas devido à necessidade de sua permanência, está em vigência até os dias atuais.

³⁴ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 153/155.

³⁵ Cf. ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais ...** p. 78.



Num primeiro momento, poder-se-ia entender que os tributos possuíam tão somente a função primordial de buscar recursos para o fim de gerir as despesas da máquina administrativa. Por outro lado, nota-se que certos tributos possuem a função extrafiscal, ou seja, quando “(...) o emprego do arsenal tributário sem finalidades arrecadatórias, mas como instrumento de ação política, econômica e social”³⁶. Isso significa que o tributo poderá ter uma função diferente daquela de simplesmente arrecadar valores para o Estado, já que é possível utilizar parte do sistema tributário para fins de política fiscal. A figura da extrafiscalidade fica ainda mais evidente na regulação dos Impostos de Importação e Exportação, já que poderá o Presidente da República por simples decreto, modificar as alíquotas desses tributos, para melhor adequar as relações comerciais com o mercado financeiro.

Percebeu-se que com a posse das informações bancárias obtidas por meio da tributação da CPMF era um instrumento eficaz para fiscalização tributária, ocasionando a polêmica acerca da possibilidade de utilização dessa contribuição como forma de fiscalizar a situação financeira do contribuinte com a finalidade de combater a sonegação fiscal.

A legislação da CPMF extrapola os conceitos de extrafiscalidade quando se analisa o art. 11 da Lei 9311/96³⁷, modificado pela Lei 10174/2001, que outorga poderes amplos de fiscalização à Secretaria da Receita Federal, até mesmo possibilitando que o fisco utilize as informações da movimentação financeira do contribuinte como base de cálculo para efetuar lançamentos de tributos que supostamente não teriam sido pagos. Isto é, a Fazenda Pública poderá reconhecer certos valores bancários como prova de sonegação fiscal, que posteriormente irá servir de motivação para realização do lançamento tributário.

³⁶ JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. **Manual de direito financeiro e tributário**. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 218.

³⁷ Art. 11. *Compete à Secretaria da Receita Federal a administração da contribuição, incluídas as atividades de tributação, fiscalização e arrecadação.*

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

§ 3º *A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicável à matéria, o sigilo das informações prestadas, facultada sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente, observado o disposto no artigo 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e alterações posteriores. (Redação dada ao parágrafo pela Lei nº 10.174, de 09.01.2001, DOU 10.01.2001)”.*



Ressalta-se que diante de tal situação, a exigibilidade tributária estará embasada em indícios de auferimento de renda, sem que haja comprovação efetiva de que os recursos movimentados se constituíram realmente em renda não declarada.

Considerando que existem determinadas situações em que se verificará a transição de valores na conta do contribuinte em razão de sua atividade profissional, sendo que, da mesma forma que esses recursos poderiam entrar, também sairiam, sem que se constatasse um acréscimo patrimonial em favor do contribuinte.

Assim, acredita-se que o *“tributo só pode incidir sobre fatos reais, quando estes se consideram relevantes juridicamente, assim, mister se faz ressaltar que para a tributação necessário se torna a existência de prova do fato gerador, a qual deve ter o condão de demonstrar a efetiva ocorrência dos fatos tributáveis, pois é o que a doutrina denomina de princípio da verdade material”*.³⁸

No caso de se aceitar a incidência de tributos sobre meros indícios tributários, o auto de infração lavrado contra o contribuinte que goza de presunção de legitimidade, incontestavelmente acabará invertendo o ônus da prova acerca da infração tributária. Em outras palavras, o Fisco chegando à conclusão de que determinado valor é oriundo de omissão de receita, terá o contribuinte que provar a legalidade de tal valor.

O procedimento tem seu início quando as instituições bancárias registrarem os valores a título de pagamento da CPMF, os quais serão posteriormente repassados à Secretaria da Receita Federal, conforme determina art. 11 da lei 9311/96. Com a posse de tais dados, é possível aplicar um simples cálculo matemático através do qual se chegará ao valor da movimentação bancária do contribuinte, o que se leva a refletir sobre a ocorrência da quebra do sigilo bancário. Sem dúvida, que por meio da CPMF, o órgão fiscalizador poderá obter informações da movimentação financeira das pessoas, fornecendo subsídios para concluir, com mais eficiência o processo fiscalizatório.

A jurisprudência e a doutrina nacional não possuem um entendimento pacificado acerca do tema. Merece atenção o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça que decidiu sobre

³⁸ ARAÚJO, Rodrigo Antônio Alves. **A presunção como prova nas operações sujeitas ao ICMS**. Disponível na Internet: www.jusnavegandi.com.br, 22/05/2005.

a ilegalidade de utilização de dados bancários por meio da CPMF para fiscalização tributária, conforme acórdão prolatado em 2004, *in verbis*:

“ADMINISTRATIVO - SIGILO BANCÁRIO - PEDIDO DE INFORMAÇÕES FORMULADO PELA RECEITA FEDERAL - ARTS. 195, 197 E 198 DO CTN. Antes do advento da LC 105/2001 e da Lei 9.311/96, que instituiu a CPMF, a questão do fornecimento de informações bancárias ao fisco era tratada pelo CTN, diploma que autorizava o requerimento do Fisco e a obrigação do estabelecimento bancário.”

Ao advento da CF/88, doutrina e jurisprudência passaram a considerar uma demasia o pedido de quebra de sigilo bancário por ofensa ao princípio da privacidade, inserido nos incisos X e XII do art. 5º. Princípio constitucional que não é absoluto, podendo obter-se a quebra mediante ordem judicial.³⁹

Por outro lado, existem algumas decisões dos Tribunais Regionais Federais no sentido da constitucionalidade da fiscalização tributária por meio da CPMF. Destaca-se o posicionamento do Tribunal Regional Federal da 3ª Região⁴⁰, o qual se pronunciou pela constitucionalidade da verificação de informações concernentes ao recolhimento de tributos, a partir de dados relativos à movimentação financeira do contribuinte, por estar respaldado no art. 145, § 1º da Constituição Federal.

Pode-se notar que, em várias situações, o Fisco está utilizando mecanismos para tornar eficiente a fiscalização da arrecadação tributária; que no caso da verificação da movimentação bancária, a tese que defende a constitucionalidade desse instrumento fiscalizatório está utilizando como fundamentação as diretrizes da LC 105/2001 e do § 1º do art. 145 da Constituição Federal.

No entanto, Leandro Bittencourt Adiers em estudo da regulamentação da CPMF, entendeu que, com o acatamento das diretrizes da LC 105/2001 que possibilita o acesso da

³⁹ STJ. Agrg No Ag 621238 / Sc; Agravo Regimental No Agravo De Instrumento 2004/0107421-0 Rel. Ministro José Delgado - T1 - Primeira Turma – Julg. 03/02/2005 – Pub. Dj 21.03.2005 P. 246.

⁴⁰ 204909 – TRIBUTÁRIO – UTILIZAÇÃO DE DADOS DA CPMF PARA O FIM DE FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – CONSTITUCIONALIDADE – RETROATIVIDADE DA LEI – POSSIBILIDADE – 1. A verificação da regularidade na prestação de informações concernentes ao recolhimento de tributos e contribuições, a partir de dados relativos à movimentação financeira do contribuinte, encontra respaldo no art. 145, § 1º, segunda parte, da Constituição Federal. 2. Ausência de violação ao direito à privacidade, bem assim ao sigilo bancário. (TRF 3ª R. – AMS 246896 – (2001.61.00.029737-3) – 6ª T. – Rel. Des. Fed. Mairan Maia – DJU 13.06.2003 – p. 395)



Fazenda Pública às contas bancárias sem autorização judicial, acarretará um grande problema para a ordem jurídica. Com utilização dos dados por meio da CPMF, como forma de indício, iria afastar a presunção de inocência e inverter o ônus da prova, e que segundo o autor, poderia ocasionar repercussões criminais e gerar penas privativas de liberdade⁴¹.

Assim, as repercussões extrafiscalizatórias da CPMF no ordenamento jurídico são alarmantes, uma vez que está flagrantemente restringindo garantias constitucionais.

No momento em que se está tomando conhecimento dos dados bancários estará, conseqüentemente, infiltrando na privacidade do contribuinte, mais grave ainda, quando é realizado o lançamento tributário sobre as informações obtidas por esse meio. Compartilhando com tal idéia, José Antonio Minatel⁴² entende que a permissão para que a Fazenda Pública possa utilizar as informações bancárias do contribuinte para realizar lançamentos tributários estará em ofensa aos princípios do sigilo bancário, bem como da segurança jurídica.

Portanto, qualquer ato que importe em infiltração nas informações bancárias do contribuinte, área que é protegida pela privacidade, sem a devida autorização judicial, estará em confronto com os direitos e garantias constitucionais.

3.2 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA UNIVERSALIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO

⁴¹ "O debate acerca da Lei Complementar nº 105, que possibilita ao Fisco acesso direto às contas bancárias dos cidadãos, acaba menosprezando dois fatores que, aparentemente secundários nesta discussão, talvez sejam os mais graves: a) a possibilidade de utilização dos dados da CPMF como forma indiscriminada de controle de toda e qualquer movimentação financeira e seu reconhecimento como indício suficiente para afastar a presunção de inocência e inverter o ônus da prova em processo que pode ter repercussões criminais e gerar penas privativas de liberdade, e b) o fato de que a "inovação" trazida pela Lei Complementar nº 105 não é nada mais nada menos do que a materialização dos poderes pretendidos pela Ditadura Militar em 1964, pretensão afastada com coragem e independência pelos magistrados da época, preservando o cidadão da ingerência e do controle do poder em seus atos particulares" (ADIERs, Leandro Bittencourt . **Sigilo bancário, monitoramento e reserva de Privacidade**. In Revista de Estudos Tributários, nº 29 – jan/fev, 2003, p. 12)

⁴² MINATEL, José Antonio. In PIZOLIO, Reinaldo; GAVALDÃO JR, Jayr Viégas. **Sigilo fiscal e bancário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 257



No decorrer da história, surgiu a preocupação em se evitar a concentração de poderes nas mãos de uma só pessoa. Seria uma forma arbitrária um indivíduo somente ter o poder de decidir, sem limites, sobre o rumo da nação.

Buscou-se, então, a elaboração de mecanismos para evitar o acúmulo de poderes, de modo que haja um contrabalanceamento na tomada de decisões do rumo da sociedade.

Com isso, iniciado por Aristóteles, o pensamento sobre a teoria da separação dos poderes foi sistematizado em 1748, por Montesquieu. A intenção era de que o Estado possuísse limites claros de poder, e que existisse meio de fiscalização externo para o fim de se evitar arbitrariedades por parte do Estado.

A respeito da separação dos poderes, Michel Temer⁴³ entende que a proposta da obra de Montesquieu definiu que o Estado teria três poderes funcionando harmonicamente e independentes e, ao mesmo tempo, a atividade que cada um exercerá seria uma forma de contenção da atividade do outro poder. Dentre os três poderes existentes, teria um encarregado para criar as normas (legislativo), outro para executá-las (executivo) e, outro, ainda, para julgar os casos concretos com base nas normas criadas (judiciário). Acreditava-se ser uma forma equilibrada e legítima de disciplinar as relações sociais.

Com base no entendimento de Marcus Vinicius Fernandes Andrade da Silva⁴⁴, é possível compreender que existem duas bases fundamentais para o princípio da separação dos poderes. Num primeiro momento, teria a intenção de proteger a liberdade individual, visto que, ao mesmo tempo em que se evita a concentração de poderes, dividindo o seu exercício, criar-se-ia um limite eficaz para evitar arbitrariedades do governo. Para depois disso, a separação dos poderes seria entendida como uma forma de aumentar a eficiência estatal, uma vez que o órgão que recebe tal incumbência terá se especializado naquilo que lhe cabe realizar, o que em tese, será exercido com mais qualidade.

Num entendimento não muito diferente, José Afonso da Silva acredita que a separação dos poderes se fundamenta em dois elementos, sejam eles: especialização funcional e independência orgânica. O primeiro diz respeito à especialização que cada poder terá ao

⁴³ TEMER, Michel. **Elementos de direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 119.

⁴⁴ SILVA, Marcus Vinicius Fernandes Andrade da. **A separação dos poderes, as concepções mecanicistas e normativas das Constituições e seus métodos interpretativos**. Disponível na Internet: www.jusnavegandi.com.br, 06/07/05.



exercer seus deveres constitucionais, conforme relatado acima. E por independência orgânica entende-se que serão os poderes independentes entre si, não existindo nenhum tipo de subordinação. A respeito desse último elemento citado, cabe salientar que não haverá subordinação, em contrapartida, existem controles externos entre os poderes, vez que não há que se falar em independência absoluta, sob pena de o Estado vir a ser calcado na tirania.

É necessário que haja uma fiscalização de um poder sobre os outros para o fim de se evitar desvios das diretrizes constitucionais, e conseqüentemente, manter o equilíbrio do Estado Democrático de Direito. Essa fiscalização é chamada “*checks and balances*” (freios e contra pesos), em que legitima um Poder de fiscalizar as funções realizadas por outros poderes, mas sempre respeitando a competência estipulada na Constituição Federal.

A polêmica se concentra no fato da Lei Complementar 105/2001 transferir a função tradicionalmente pertencente ao Poder Judiciário para o Poder Executivo, conforme será discutido a seguir.

Dentre as competências estampadas na Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário ficou com o encargo de julgar a aplicação das normas sobre o caso concreto, isto é, irá legitimar a aplicação da legislação perante a sociedade. Além disso, num plano menos técnico, poder-se-ia defender que o Poder Judiciário terá por incumbência não simplesmente legitimar a aplicação de leis, mas sim, manter o equilíbrio entre os outros poderes, uma vez que haverá uma avaliação da legislação criada pelo legislativo, e da execução realizada pela Administração Pública.

Frente a circunstâncias que envolvem direitos fundamentais, torna-se imprescindível que o haja à interferência do Poder Judiciário, não podendo outro poder usurpar tal função, sob pena de ofensa à competência constitucionalmente estabelecida. Por isso, na hipótese de um dos poderes invadir o raio de atuação do outro, estará em flagrante inconstitucionalidade, afetando não simplesmente uma norma constitucional, mas sim, todo o Estado Democrático de Direito.

Com isso, dentre as características que a doutrina descreve da separação dos poderes, aparece o conceito de indelegabilidade, a qual significa que das atribuições típicas que pertence a cada órgão do Poder, não poderá ser exercido pelo outro, salvo casos previstos na própria constituição.



Nessa mesma linha de raciocínio, cita-se que a Constituição Federal Brasileira garante ao cidadão o direito de proteção jurisdicional no art. 5º XXXV quando determina que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. Não é permitido à legislação infraconstitucional afastar do Poder Judiciário a incumbência de autorizar a quebra de sigilo, vez que está expressa a garantia de que o poder Judiciário estará sempre presente para o fim de se tutelar a lesão de direitos.

Quando a LC 105/2001 autoriza à autoridade administrativa o acesso às informações bancárias dos contribuintes sem a necessidade de autorização judicial, conseqüentemente, estará transferindo para o agente fiscal a tarefa de analisar todos os fatores constitucionais em jogo.

É evidente que o Poder Executivo não está legitimado constitucionalmente para analisar a possibilidade de quebra de sigilo bancário, bem como de decidir a restrição de direitos fundamentais, uma vez que essa é a função típica do Poder Judiciário, fixada pela Constituição Federal.

Constata-se, que a LC 105/2001 ocasionou uma acumulação de duas funções distintas em favor do mesmo poder, isto é, o Poder Executivo estará executando a lei e ao mesmo tempo julgando acerca da necessidade de restrição do direito fundamental do sigilo.

O doutrinador Luiz Flávio Gomes, ressaltando a importância da atuação do Poder Judiciário, afirmando que “*sempre que qualquer ato de investigação do delito venha a envolver qualquer direito ou garantia fundamental do cidadão, torna-se imprescindível a intervenção judicial*”⁴⁵.

Com isso, não há como se afastar do Poder Judiciário a função de avaliar se no caso concreto comporta a real necessidade de quebra de sigilo bancário em investigação fiscal. Isso se justifica por esse poder estar especializado em analisar o caso concreto frente ao ordenamento jurídico, com as particularidades que a tradição jurídica construiu, tais como imparcialidade, fundamentação nas decisões, etc.

⁴⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal**. 2º ed. São Paulo: RT, 1997, p. 115.



Indo mais além, o professor José Joaquim Gomes Canotilho⁴⁶ entende que a reserva de jurisdição funciona como um limite para os atos legislativos e administrativos, de modo que se estes últimos tiverem conteúdo materialmente jurisdicional poderiam ser considerados inconstitucionais. Nesse diapasão, é possível compreender que não seria admissível que o Poder Executivo ou Legislativo invadisse a área de atuação do Poder Judiciário, sendo que este estará com a função de julgar as consequências advindas da atuação dos outros dois poderes. Se no caso de uma legislação infraconstitucional tentar transferir uma função jurisdicional para outro poder, estará anulando uma competência constitucional.

Na tradição jurídica brasileira, é praxe de que no âmbito administrativo, o contribuinte enfrentará a parcialidade do órgão fiscalizador-julgador, uma vez que a Fazenda Pública sendo parte interessada na investigação fiscal, também acumulará a função de decidir acerca da necessidade de limitar um direito fundamental. Nessa lógica, compreende-se que se o Poder Judiciário é especializado em analisar a aplicação da legislação aos casos concretos, estando mais perceptível às garantias constitucionais, não há possibilidade de retirar uma função tipicamente estabelecida.

Ainda é polêmica em sede jurisprudencial acerca da constitucionalidade das diretrizes da LC 105/2001, uma vez que mesmo depois de sua vigência, o Superior Tribunal de Justiça⁴⁷ se pronunciou no sentido da impossibilidade de quebra de sigilo bancário sem autorização judicial, seguindo esse entendimento alguns Tribunais Regionais Federais⁴⁸ já decidiram dessa mesma forma.

⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 64.

⁴⁷ “*AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – PROCESSO CIVIL – FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA NÃO ATACADOS – INCIDÊNCIA DO RACIOCÍNIO SEDIMENTADO POR MEIO DA SÚMULA Nº 182/STJ – SIGILO BANCÁRIO – QUEBRA – PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO – CASOS EXCEPCIONAIS – PRECEDENTES – É inviável o agravo regimental que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada. Incidência, por analogia, da Súmula nº 182 do STJ. O precedente colacionado pela decisão do Tribunal de origem encontra-se em harmonia com a jurisprudência do STJ, que só admite a quebra do sigilo bancário em casos excepcionais e mediante autorização do Poder Judiciário, sendo ilegal a quebra por simples procedimento administrativo. Agravo regimental a que se nega provimento*” (STJ – AGRAGA 404948 – MG – 2ª T. – Rel. Min. Franciulli Netto – DJU 19.12.2003 – p. 00405).

⁴⁸ 100275180 – CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO – PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-FISCAL – IMPOSSIBILIDADE – 1. Muito embora não sejam absolutos, os sigilos bancário e fiscal inserem-se no campo dos direitos e garantias constitucionais, cuja violação só pode ocorrer em caráter excepcional. 2. Não compete às autoridades administrativas solicitar diretamente às instituições financeiras a transmissão de informações que importem em quebra de tais sigilos, a



Tem o contribuinte a garantia de preservação de sua privacidade contra terceiros, *“todavia, o interesse público há de prevalecer sobre o interesse individual, mas caberá a um outro poder definir se tais hipóteses efetivamente ocorrem, com o que poderá, o Poder Judiciário, autorizar, se convencido estiver o magistrado de que a hipótese é de gravidade e de lesão ao interesse público, a quebra de direitos ao sigilo bancário”*⁴⁹.

Diante do exposto, fica claro que a LC 105/2001 não poderia ter retirado do Poder Judiciário a função de autorizar a quebra do sigilo bancário de contribuintes investigados. A tese esposada pela referida legislação está em ofensa aos ditames constitucionais, mais precisamente com o princípio da separação dos poderes e da universalização da jurisdição.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A quebra de sigilo bancário consiste em importante meio de obtenção de informações referentes à situação financeira do contribuinte, sendo muitas vezes indispensável sua verificação para finalidades de fiscalização tributária, o que deve ser utilizado como forma de otimizar a prestação de serviços do Poder Público.

É possível que o direito fundamental de sigilo bancário seja restringido frente a valores de maior magnitude jurídica, no entanto, não basta a mera constatação que haja um interesse público para que ocorra tal restrição. Assim, torna-se necessário que o caso concreto passe por uma ponderação de valores, de modo a evitar que com base num suposto interesse social seja cometido um abuso jurídico, conseqüentemente, devastando um direito fundamental.

Essa ponderação de valores, que se dá com aplicação do princípio da proporcionalidade, deve ser feita pelo Poder Judiciário, uma vez que é competência típica desse Poder a aplicação da norma ao caso concreto, bem como a decisão sobre a restrição de direitos fundamentais, conforme diretrizes constitucionais. Dessa forma, ao possibilitar a quebra de sigilo bancário sem a necessidade de passar pelo crivo do Poder Judiciário, a Lei Complementar 105/2001 incorre em inconstitucionalidade, por estar em ofensa direta ao

fim de instruir procedimento administrativo fiscal, sem a necessária intervenção do Poder Judiciário, observado o período em que a requisição foi formulada (1995). 3. Remessa oficial improvida. (TRF 5ª R. – REOMS 81702 – (2002.05.00.022555-0) – PE – 4ª T. – Rel. Des. Fed. Luiz Alberto Gurgel de Faria – DJU 17.06.2003 – p. 493)

⁴⁹ DELGADO, José Augusto. **O Sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro...** p. 145.



princípio da separação dos poderes e da universalidade da jurisdição, já que as normas infraconstitucionais devem buscar validade na Carta Magna, e não o inverso.

REFERÊNCIAS

- ADIERES, Leandro Bittencourt. **Sigilo bancário, monitoramento e reserva de privacidade**. In Revista de Estudos Tributários n. 29 – jan/fev, 2003.
- ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático**. In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Renovar, n. 217, jul/set, 1999.
- _____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ARAÚJO, Rodrigo Antônio Alves. **A presunção como prova nas operações sujeitas ao ICMS**. Jus Navegandi. Disponível em: <www.jusnavegandi.com.br>. Acesso em: 22.mai.2005
- BARBEITAS, André Terrigno. **O sigilo bancário**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Breves notas sobre fiscalização tributária**. In Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário, Belo Horizonte: Del Rey, ano 3, n. 7, set/dez, 2000.
- BELLOQUE, Juliana Garcia. **Sigilo bancário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito Constitucional**, 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília jurídica, 2003.



BRITO, Austregésilo. **O sigilo fiscal e outras espécies como garantias do cidadão.**

Teresina, 2004. Dissertação de Especialização em Direito. Cefet - PI. Disponível em:

<http://www.cefetpi.br/mural/sigilo_Fiscal.pdf>. Acesso em: 02.fev.05.

CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** 4. ed.

Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

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

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário.** São Paulo: Saraiva, 2002..

CASTRO, Aldemario Araujo. **A constitucionalidade da transferência do sigilo bancário para o fisco preconizada pela Lei complementar nº 105/2001.** Disponível em:

<<http://www.aldemario.adv.br/sigilob.htm>>. Acesso em: 07.mai.05.

DELGADO, José Augusto. **O sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro.** In Revista de Estudos Tributários, síntese, n. 22, nov/dez, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

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

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo bancário.** In Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e de Arbitragem, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 4, n. 14, out/dez, 2001.

FOLMANN, Melissa. **Sigilo bancário e fiscal à luz da LC 105/2001 e decreto 3.724/2001.** Curitiba: Juruá, 2004.

GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do estado.** Barueri: Manole, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. **Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal.** 2. ed. São Paulo: RT, 1997.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **O Sigilo bancário e de dados financeiros e a tutela da privacidade e intimidade.** In Revista Direito Civil Constitucional – Renan Lotufo (coord.). São Paulo: Max Limonad, 1999.

HESPANHA, António Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia.** Lisboa: Publicações Europa-América, 1997.



HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. **Manual de direito financeiro e tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LEWICKI, Bruno. **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Sigilo bancário em matéria fiscal**. In Revista dos Tribunais (Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas. Ano 3, n. 12, jul/set, 1995. _____). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MINATEL, José Antonio. In PIZOLIO, Reinaldo; GAVALDÃO JR, Jayr Viégas. **Sigilo fiscal e bancario**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004. _____). **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Guilherme Braga Peña de. **Dos direitos fundamentais: contribuição para uma teoria**. São Paulo: LTr, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**, 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Carla Dumont; FOGAÇA, Luciana Trindade. **Inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário prevista na Lei Complementar nº 105/01**. Jus Navegandi. Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br/doutrina>>. Acesso em: 10.set.04.



ROQUE, Maria José Oliveira Lima. **Sigilo bancário & direito à intimidade**. Curitiba: Juruá, 2004.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Marcus Vinicius Fernandes Andrade da. **A separação dos poderes, as concepções mecanicistas e normativas das Constituições e seus métodos interpretativos**. Jus Navegandi. Disponível em: <www.jusnavegandi.com.br>. Acesso em: 06.jul.05.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

TEMER, Michel. **Elementos de direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.