

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
FACULDADE DE DIREITO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS – CCJP**

**Timóteo Machado de Castilhos**

**O sigilo bancário no direito brasileiro e o entendimento do Supremo Tribunal  
Federal**

**Rio de Janeiro  
2016**

TIMÓTEO MACHADO DE CASTILHOS

**O SIGILO BANCÁRIO NO DIREITO BRASILEIRO E O ENTENDIMENTO DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, sob a orientação do Professor Dr. Benedito Fonseca e Souza Adeodato, como requisito parcial para a obtenção de grau de Bacharel em Direito.

Rio de Janeiro

2016

CASTILHOS, Timóteo Machado, 1988.

O sigilo bancário no direito brasileiro e o entendimento do Supremo Tribunal Federal/ Timóteo Machado de Castilhos. – 2016.

Orientador: Dr. Benedito Fonseca e Souza Adeodato

Trabalho de conclusão de curso (graduação) – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Curso de Direito, 2016.

1. Referencial teórico – Sigilo Bancário. 2. Reflexos doutrinários e jurisprudenciais. 3. O entendimento do STF em controle concentrado de constitucionalidade da LC nº105/2001. I. ADEODATO, Benedito F. II. Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Curso de Direito. III. O sigilo bancário no direito brasileiro e o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

TIMÓTEO MACHADO DE CASTILHOS

**O SIGILO BANCÁRIO NO DIREITO BRASILEIRO E O ENTENDIMENTO DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, sob a orientação do Professor Dr. Benedito Fonseca e Souza Adeodato, como requisito parcial para a obtenção de grau de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Banca Examinadora:

---

Professor Benedito Fonseca e Souza Adeodato  
Orientador

---

2º Examinador

---

3º Examinador

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a questão do acesso às informações bancárias (quebra de sigilo bancário) pela Administração Pública, independentemente de ordem judicial, conforme regulamentado pela Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Partindo de uma análise teórica do tema, pretendeu-se explorar os reflexos doutrinários e o posicionamento dos Tribunais Superiores acerca da (in)constitucionalidade dos dispositivos LC nº 105/2001, no desiderato de chegar à melhor compreensão do entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), consignado no julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 2359, 2386, 2390 e 2397 e do Recurso Extraordinário nº 601.314/SP, julgado em sede de repercussão geral.

*Palavras-chave:* Sigilo bancário. Acesso à informação bancária. Intimidade e vida privada. Lei Complementar nº 105/2001. Supremacia do interesse público.

## RÉSUMÉ

Ce travail a pour objectif d'analyser la question de l'accès aux informations bancaires (rupture du secret bancaire) par l'Administration Publique, indépendamment de l'ordre judiciaire, conforme à la réglementation de la "Loi Complémentaire" n° 105 du 10 janvier 2001. A partir d'une analyse théorique du sujet, il est destiné à explorer les réflexes doctrinaux et le positionnement des Tribunaux Supérieurs au sujet de la (non) constitutionnalité des dispositifs LC n° 105/2001, dans l'espoir d'arriver à une meilleure appréhension de la compréhension de la Cour Suprême (STF), exprimé dans le procès conjoint des Actions Directes d'Inconstitutionnalité n°s 2359, 2390 et 2397 et de l'Appel Extraordinaire n° 601.314/SP.

*Mots-clés:* Secret bancaire. L'accès aux informations bancaires. L'intimité de la vie privée. Loi Complémentaire n° 105. L'intérêt général.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>1. O SIGILO BANCÁRIO – REFERENCIAL TEÓRICO</b> .....	<b>13</b>
1.1. DEFINIÇÃO DE SIGILO BANCÁRIO .....	13
1.1.1. Sigilo Fiscal .....	15
1.2. NATUREZA JURÍDICA DO SIGILO BANCÁRIO.....	19
1.2.1. Caráter moral .....	19
1.2.2. Caráter jurídico obrigacional.....	19
1.3. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA DO SIGILO BANCÁRIO .....	20
1.3.1. Teoria do uso e costumes .....	20
1.3.2. Teoria do contrato .....	20
1.3.3. Teoria do Segredo Profissional .....	21
1.3.4. Teoria da Obrigação Jurídica .....	22
<b>2. HISTÓRICO LEGISLATIVO DO SIGILO BANCÁRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO</b> .....	<b>23</b>
2.1. HISTÓRICO LEGISLATIVO CONSTITUCIONAL.....	23
2.1.1. Constituição Política do Império do Brasil de 1824 .....	23
2.1.2. Constituição Republicana de 1891 .....	24
2.1.3. A Constituição da República dos Estados Unidos Do Brasil, de 16 de julho de 1934 .....	25
2.1.4. A Constituição de 1937 .....	26
2.1.5. A Constituição de 1946 .....	27
2.1.6. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.....	28
2.1.7. A Constituição de 1988: .....	29
2.2. HISTÓRICO INFRACONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	30
2.2.1. A Lei n° 4.595, de 31 de dezembro de 1964 .....	30
2.2.2. Lei n° 7.492, de 16 de junho de 1986.....	31
2.2.3. A Lei Complementar n° 105, de 10 de janeiro de 2001 (LC n° 105/2001).....	31
2.2.4. Decreto n° 3.724, de 10 de janeiro de 2001 .....	33
2.2.5. Decreto n° 4.489, de 28 de novembro de 2002.....	34
2.2.6. Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil n° 1.571, de 02 de julho de 2015 (IN n° 1.571/2015): .....	35
<b>3. O SIGILO BANCÁRIO NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO</b> .....	<b>36</b>

3.1. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO SIGILO DE DADOS .....	36
3.2. O DEBATE DOUTRINÁRIO E OS REFLEXOS JURISPRUDENCIAIS .....	40
3.2.1. A utilização do sigilo bancário pela administração pública e a violação constitucional da intimidade, da vida privada e do sigilo de dados .....	40
3.2.2. A constitucionalidade da LC nº105/2001 e a não existência de direito de sigilo oponível ao Fisco .....	47
3.2.3. Jurisprudência Judicial .....	57
3.2.4. Jurisprudência administrativa .....	60
<b>4. O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A ONOPONIBILIDADE DE SIGILO BANCÁRIO AO FISCO .....</b>	<b>63</b>
4.1. RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 601.314 .....	63
4.2. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2386 .....	65
4.3. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2359 .....	66
4.4. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2390 .....	67
4.5. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2397 .....	67
4.6. AS RAZÕES ORAIS SUSTENTADAS PERANTE O STF .....	70
4.6.1. Dr. Ricardo Lacaz Martins, pelo recorrente do RE nº 601.314.....	70
4.6.2. Dr. Wladimir Reale, pelo PSL nos autos da ADI 2390 .....	72
4.6.3. Dr. Sergio Campinho, pela CNI nos autos da ADI nº 2397 .....	72
4.6.4. Dra. Luciana Miranda Moreira, Procuradora da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, pela Recorrida nos autos do RE nº 601.314.....	73
4.6.5. Dra. Greice Maria Fernandes Mendonça, pela Secretaria Geral do Contencioso da Advocacia Geral da União nas ADIs .....	75
4.6.6. Dr. Luis Antonio Gustavo Silva Bichara, na condição de <i>amicus curiae</i> pelo Conselho Federal da OAB.....	76
4.6.7. Dr. Isaac Sidney Menezes Ferreira, na condição de <i>amicus curiae</i> pelo Banco Central do Brasil (BACEN) .....	77
4.7. O JULGAMENTO DAS AÇÕES DIRETAS DE INSCONTITUCIONALIDADE Nºs 2359, 2386, 2390 e 2397 E DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 601.314/SP ....	78
4.7.1. O voto do Ministro Luiz Edson Fachin .....	79
4.7.2. O voto do Ministro José Antonio Dias Toffoli.....	80
4.7.3. O voto do Ministro Celso de Mello.....	82
4.7.4. O voto do Ministro Luís Roberto Barroso .....	82
4.7.5. O voto do Ministro Teori Albino Zavascki .....	85
4.7.6. O voto da Ministra Rosa Weber .....	86

4.7.7. O voto da Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha.....	87
4.7.8. O voto do Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello .....	87
4.7.9. O voto do Ministro Luiz Fux.....	90
4.7.10. O voto do Ministro Gilmar Mendes .....	92
4.7.11. O voto do Presidente Ministro Ricardo Lewandowski .....	93
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>95</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>103</b>

## INTRODUÇÃO

Os debates acerca do sigilo de dados bancários não são novos na teoria jurídica. Da mesma forma, no âmbito jurisprudencial, a matéria sempre despertou polêmicas, inclusive (e principalmente) no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF).

Quando da vigência da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, havia se consolidado o entendimento de que o sigilo bancário poderia ser quebrado mediante ordem judicial fundamentada. No entanto, com a promulgação da Lei Complementar nº 105/2001 (LC nº 105/2001), regulamentada pelos Decretos nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, e Decreto nº 4.489, de 28 de novembro de 2002, deu-se nova disciplina à matéria, reavivando-se os debates doutrinários e jurisprudenciais.

De plano, é importante ressaltar que para os fins de elaboração do presente estudo não preocupou-se em fazer as distinções entre operações bancárias e operações financeiras, de modo que se utilizou a expressão “sigilo bancário” para descrever todas as operações de que trata a LC nº 105/2001, que regulou as hipóteses em que as entidades financeiras devem fornecer dados às Autoridades Tributárias, independentemente de prévio crivo do Poder Judiciário.

A dimensão interdisciplinar dos dados protegidos pelo sigilo bancário atinge os mais diversos ramos do Direito, podendo se apontar como principais o Direito Constitucional, pelas garantias fundamentais conscritas na Constituição Federal de 1988 (CRFB/88), com fundamento principalmente nos direitos à intimidade, à vida privada e ao sigilo de dados, previstos, respectivamente, nos incisos X e XII do art. 5<sup>a</sup> da CRFB/88; o Direito Penal, que tipifica como crime a violação indevida do sigilo de dados; e, por fim, o Direito Tributário, diante da mais alta relevância que as informações bancárias possuem para o exercício das atividades da Administração Tributária.

Dada a amplitude do tema, o presente trabalho irá se restringir à análise da possibilidade da Administração Tributária requisitar diretamente às instituições financeiras, sem prévia autorização do Poder Judiciário, informações de dados

bancários dos contribuintes principalmente sob o olhar do Direito Tributário Constitucional.

Pois bem. Ao se buscar um possível entendimento majoritário na doutrina, percebe-se que o embate, de fato, se delimita na apreciação de quatro pontos principais, quais sejam: (i) o acesso a dados bancários pela Administração Tributária eventualmente violaria o direito à intimidade e à vida privada, previstos no art. 5º, inciso X, da CRRB/88?; (ii) o acesso às informações bancárias pela Administração Tributária, sem interferência do Poder Judiciário, poderia ofender a proteção ao sigilo de dados, previsto no art. 5º, inciso XII da CRFB/88?; (iii) o acesso sistêmico regrado pela LC nº 105/2001, bem como pelos supervenientes Decretos que a regulamentaram e a Instrução Normativa RFB nº 1.571/2015, representariam ofensa ao devido processo legal e aos princípios do contraditório de da ampla defesa?; e (iv) o direito de acesso da Administração Tributária à movimentação bancária dos contribuintes iria ou não de encontro aos “direitos individuais” mencionados no art. 145, §1º, da CRFB/88?.

A jurisprudência pátria também é plural, havendo precedentes que acataram tanto a tese fazendária quanto a tese do contribuinte. Isso porque é importante deixar claro, desde então, que o direito ao sigilo de dados em momento algum é tido como um direito absoluto – tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência – pelo que sempre se admitiu sua relativização, dado ao fato de que a tributação é uma atividade essencial do Estado que sofre certa resistência dos cidadãos, especialmente por interferir em direitos individuais.

O que se acaba observando é o conflito de interesses entre setores organizados da sociedade que defendem a tese de que as informações financeiras estariam sob o manto das garantias constitucionais da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, do sigilo de dados, do devido processo legal e da reserva da jurisdição, ao mesmo passo em que, na defesa da validade da LC n 105/2001, o poder público constrói argumentos em sentido contrário, principalmente àqueles ligados a supremacia do interesse público, do poder-dever de fiscalização tributária,

e, ainda, evocando os princípios maiores do direito constitucional tributário da isonomia e da capacidade contributiva.

É possível perceber a pertinência temática do presente estudo, vez que a normatização envolvendo o sigilo de informações financeiras do contribuinte trazida pela LC nº 105/2001, diante das saudáveis divergências, acabou gerando uma colisão de direitos fundamentais que foi levado ao crivo do STF sob a égide do controle concentrado de constitucionalidade.

Para o desenvolvimento do trabalho, serão colacionados inicialmente elementos doutrinários sobre o sigilo bancário, no desiderato de encontrar a melhor definição de seu conceito, a fim de melhor compreender a preocupação histórica do legislador pátrio em protegê-lo. Após, serão analisados os argumentos que hostilizaram e impugnaram, por meio de quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs), os dispositivos da LC nº 105/2001, bem como aqueles que sustentam que o normativo complementar está em plena consonância com a Carta Maior. Por fim, far-se-á uma análise minuciosa do julgamento das ADIs nºs 2359, 2386, 2390 e 2397 e do Recurso Extraordinário nº 601.314/SP, julgado em sede de repercussão geral, explorando os argumentos trazidos na Tribuna e aqueles exarados por cada um dos eminentes Ministros do STF.

## 1. O SIGILO BANCÁRIO – REFERENCIAL TEÓRICO

### 1.1. DEFINIÇÃO DE SIGILO BANCÁRIO

Segundo a definição do dicionário Houaiss de Língua Portuguesa, sigilo é algo que permanece escondido da vista ou do conhecimento; é sinônimo de segredo, coisa ou notícia que não pode ser revelada<sup>1</sup>.

Ao tomar por base este conceito (de que sigilo seria sinônimo de segredo) e realizar um estudo etimológico deste o verbete (segredo), verifica-se que o mesmo tem origem na quebra de duas palavras em latim: *secretum*, que significa tudo que está oculto, e *secérnere*, que significa separar ou pôr à parte<sup>2</sup>. O linguista catalão Joan Carominas analisou a expressão em voga<sup>3</sup>:

Etimológicamente la expresión secreto proviene de la corrupción de la palabra latina “secretum”, que significa lo escondido u oculto; del mismo origen de la expresión “secérnere”, que conlleva la idea de secreción y separación o apartamento

Plácido e Silva, ao definir o sigilo, aduz que o verbete “é empregado na mesma significação de segredo. No entanto, imperando nele a ideia de algo que está sob selo ou sinete, o sigilo traduz, com maior rigor, o segredo que não pode nem deve ser violado, importando o contrário, assim, em quebra de dever imposto à pessoa, geralmente em razão de sua profissão ou ofício”<sup>4</sup>. Em geral, fala-se na doutrina, que o sigilo seria o segredo confiado a terceiro que, tão somente, quando diante razões de cunho jurídico devidamente fundamentadas, poderia ser violado.

Sobre o tema, merece destaque a substancial digressão do autor chileno Alejandro Vergara Blanco, para que o sigilo bancário<sup>5</sup>:

<sup>1</sup> Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva. 2001. p. 2.568.

<sup>2</sup> PETERSON, Cabulocc. **Etimologias Latinas das Palavras do Português Corrente**. On-line. 2016. p. 52. Disponível em: <[https://books.google.com.br/books?id=I0YjDAAAQBAJ&printsec=frontcover&source=gbs\\_ge\\_summar\\_y\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.br/books?id=I0YjDAAAQBAJ&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summar_y_r&cad=0#v=onepage&q&f=false)>. Acesso em 29.05.2016.

<sup>3</sup> CAROMINAS, Joan. **Breve dicionário etimológico de la lengua castellana**. Madrid: Gredos. 1961. p. 514.

<sup>4</sup> SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1999. p. 758.

<sup>5</sup> VERGARA BLANCO, Alejandro. **El secreto Bancario**. Seminario de Titulación para optar al Grado de Licenciado em la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Chile, 1983.

(...)una institución de Derecho bancario, fundamentada en el derecho de la personalidad de privacidad em sus aspectos económicos, y en virtud de la cual los bancos están obligados a mantener estricta reserva sobre todos los antecedentes de sus clientes, que hayan conocido como consecuencia de sus relaciones com éstos; obligación que se conserva en el tiempo más allá de la cesación de dichas relaciones; a menos que uma justa causa justifique su revelación.

No mesmo sentido caminha a doutrina pátria, imputando ao sigilo uma conceituação de cunho negativo; uma obrigação de não-fazer da instituição financeira: abster-se de revelar a terceiros fatos por ela captados no exercício de sua peculiar atividade<sup>6</sup>.

Percebe-se, assim, que o conceito de sigilo comporta tanto um critério subjetivo quanto um objetivo. Subjetivo na medida em que ele decorre de uma manifestação de vontade, juridicamente imposta ou não ao indivíduo, a qual coloca um limite na possibilidade de algo se tornar de conhecimento de mais pessoas. Objetivo porque existem certos fatos em que o sigilo faz parte de sua própria exegese, lhes é intrínseco, independente de vontade do indivíduo.

Nesse sentido, o autor Marcos Antônio Noronha irá definir o sigilo bancário como o dever das instituições financeiras em manter segredo sobre as informações e documentos que dizem respeito à movimentação financeira dos seus clientes, assim como dos serviços bancários prestados a qualquer interessado por meio da instituição, não permitindo, assim, que nenhuma das operações bancárias realizadas sejam do conhecimento de terceiros, preservando a privacidade e a intimidade dos envolvidos<sup>7</sup>.

Segundo Rodrigo Caramori Petry, o sigilo bancário compreenderia diversos tipos de informação, tanto de pessoas físicas quanto jurídicas. Desse modo, o autor

---

<sup>6</sup> COVELLO, Sergio Carlos. **O sigilo bancário**. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 2001, p.89.

<sup>7</sup> ANTÔNIO PEREIRA DE NORONHA, Marcos. O Sigilo bancário no Brasil. In. Direito Tributário e Processo Administrativo Aplicados. Coord. TÓRRES, Heleno, ELBE QUERO, Mary, FEITOSA, Raymundo Juliano. São Paulo: Quartier Latin. 2005. p. 401-402.

elencar quais seriam as informações mais comuns protegidas pelo sigilo bancário, fazendo um escalonamento dos níveis considerados fundamentais<sup>8</sup>:

1º) nível mínimo/dados básicos: informações cadastrais dos correntistas, constantes dos contratos bancários, basicamente:

- i) Nome do titular e sua qualificação;
- ii) Identificação da espécie de investimento, de poupança ou de guarda de bens (v.g., depósitos em moeda e suas modalidades (renda fixa, poupança, etc.), aquisição de títulos financeiros, depósitos em joias, em ouro, ou outros bens custodiados nos cofres bancários etc.);

2º) nível médio/identificação de valores: informações sobre valores, basicamente:

- i) valor em moeda (R\$) dos investimentos, da poupança ou dos bens custodiados;
- ii) valor global da movimentação financeira por período (v.g., mês)

3º) nível avançado/detalhes das operações: informações detalhadas sobre a natureza das operações de movimentação financeira, com a identificação das origens e destinos (remetente e destinatários) dos recursos movimentados.

### 1.1.1. Sigilo Fiscal

Além da obrigação principal de proceder com o devido pagamento de tributos, está entre as enormes obrigações acessórias, o dever de prestar informações ao Fisco, quando do exercício da atividade de fiscalização e arrecadação tributária. Desse modo, a prestação de informações à autoridade fiscal é um dever, não uma faculdade do contribuinte, sendo muitas vezes estendida, inclusive, a terceiros. A Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, o Código Tributário Nacional (CTN), recepcionada pela CRFB/88 na qualidade de Lei Complementar, cuida especificamente dessa situação no art. 197, o qual impõe o dever de informação a terceiros, ou seja, indivíduos que não os diretamente envolvidos na relação tributária.

---

<sup>8</sup> CARAMORI PETRY, Rodrigo. **O Sigilo Bancário e a Fiscalização Tributária**. Revista Dialética de Direito Tributário. n. 190. São Paulo: Dialética. 2011, p. 112-113.

Por certo que se exige pertinência entre a atividade desenvolvida pelo terceiro e a informação requerida pela RFB, já que seria completamente abusivo obrigar terceiros a fornecer informações às autoridades fiscais acerca de negócios de outrem tão somente porque tais sujeitos mantenham relação de amizade, parentesco, etc.

Veja-se a previsão do art. 197, *caput*, e parágrafo único, do CTN<sup>9</sup>:

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

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

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

III - as empresas de administração de bens;

IV - os corretores, leiloeiros e despachantes oficiais;

V - os inventariantes;

VI - os síndicos, comissários e liquidatários;

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

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

Verifica-se, que o parágrafo único do referido dispositivo legal impõe limites ao dever de informar em razão do chamado *sigilo profissional*, o qual, segundo o próprio CTN, se sobrepõe ao direito de informar por se tratar de garantia de ordem pública legalmente qualificada. Essa sobreposição esta prevista, ainda, no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o Código Penal Brasileiro<sup>10</sup>:

#### Violação do segredo profissional

<sup>9</sup> Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm)>. Acesso em 29.05.2016.

<sup>10</sup> Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm)>. Acesso em 29.05.2016.

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

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa de um conto a dez contos de réis.

Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.

Ao mesmo tempo em que é assegurado as autoridades fiscais o acesso as informações dos contribuintes, é vedado a agentes da Fazenda Pública, por qualquer razão e/ou finalidade, divulgar quaisquer informações obtidas em função da atividade de auditores da administração pública tributária, haja vista o disposto no art. 198 do CTN:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades. (Redação dada pela Lcp nº 104, de 2001)

Como se percebe da leitura sistemática dos arts. 197 e 198 do CTN, o dever de sigilo fiscal não é só da Fazenda Pública enquanto pessoa jurídica de Direito Público, mas também de seus funcionários. Por certo, então, que constatada(s) violação(ões) a estas normas, a Administração Pública, conforme leciona o professor Hugo de Brito Machado, responderá civilmente, sendo obrigada a indenizar o contribuinte por quaisquer danos provenientes da(s) infração(ões), facultando-lhe o direito de regresso contra o agente infrator, presentes dolo ou culpa. O funcionário, por sua vez, além das implicações na seara civil, poderá ter que responder por sua(s) infração(ões) na seara penal, conforme previsão do art. 325 do CP. Sobre esse ponto, concluiu o professor Hugo de Brito<sup>11</sup>:

Assim, como o Código Tributário Nacional impõe o sigilo quanto aos fatos dos quais a autoridade e os funcionários da Administração Tributária tenham conhecimento em razão da atividade fiscal, a divulgação desses fatos configura violação de sigilo funcional, delito previsto na norma penal(...)

---

<sup>11</sup> BRITO MACHADO, Hugo de. **Curso de Direito Tributário**. 35ª Ed., São Paulo: Malheiros. 2014, p.259.

Há, no entanto, exceções ao sigilo fiscal previstas no próprio CTN. Na redação original do art. 198 do *códex* tributário, além da hipótese de requisição das autoridades do Poder Judiciário no interesse da justiça, existia a previsão de exceção para aqueles casos previstos no art. 199, que prevê a mútua assistência entre as Fazendas Públicas da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio. Com o advento da Lei Complementar nº 104/2001 (LC nº 104/2001), introduziu-se no ordenamento uma nova exceção, que aduz a possibilidade de quebra do sigilo fiscal para as solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa (art. 198, II, do CTN).

A novidade da LC nº 104/2001 com relação à proteção do sigilo das informações fornecidas ao Fisco, por sua vez, ficou caracterizada no art. 198, § 2º, do CTN, o qual assegura que a transferência de informações fiscais no âmbito da Administração Pública será realizado mediante a instauração regular de processo e a entrega de será pessoal à autoridade solicitante, mediante recibo, para que se formalize a transferência e, de outro lado, se assegure a preservação do sigilo.

Apesar de todo o exposto, a veiculação de dados sigilosos e quebra de sigilo fiscal não é novidade na sociedade brasileira. Via de exemplo, temos uma série de notícias publicadas já no ano de 2010, em que se afirmou ser possível adquirir com camelôs das ruas da cidade de São Paulo dados sigilosos de milhares de contribuintes informados à RFB, tais como o número no Cadastro de Pessoas Físicas (“CPF”), endereço, profissão, nome completo, sexo, estado civil e informações do Instituto Nacional do Seguro Social. Segundo as referidas reportagens, o material comercializado conta com capa plástica com as letras RF – iniciais da Receita Federal<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Disponível em: <<http://noticias.r7.com/eleicoes-2010/noticias/camelos-de-sp-vendem-dvds-com-dados-cadastrais-da-receita-mas-nao-fiscais-20100905.html>>; <<http://www.midiamax.com.br/noticias/721818-camelos-vendem-dvd-com-dados-da-receita.html>>;

## 1.2. NATUREZA JURÍDICA DO SIGILO BANCÁRIO

### 1.2.1. Caráter moral

Percebe-se que a primeira natureza jurídica do sigilo bancário estaria vinculada a um caráter moral de sigilo, ao passo que a instituição financeira teria o dever moral de jamais revelar as informações de seus clientes a terceiros, por duas simples razões: (i) o ato de revelar este tipo de informação dificilmente será do interesse do cliente, e (ii) existe a questão voltada à reputação social da instituição, mediante a observância dos costumes da sociedade, diante da existência um direito subjetivo dos clientes da instituição, o qual transcende o interesse privado para conquistar o interesse público e social, visto que é do interesse de todos que as instituições se mantenham em pleno funcionamento com o consequente desenvolvimento econômico do País.

Desse modo, o sigilo bancário, em seu âmago, constitui-se de um dever moral que pode vir a ser positivado no ordenamento jurídico. Caso isso ocorra, sendo o sigilo bancário também um dever jurídico, não há extinção do dever moral de sigilo, mas seu fortalecimento<sup>13</sup>.

### 1.2.2. Caráter jurídico obrigacional

Por outro lado, parte da doutrina reconhece que o sigilo bancário tem a natureza jurídica de direito obrigacional, que significa dizer que se por um lado há um direito subjetivo do indivíduo em exigir o segredo das informações confiadas à determinada instituição financeira, por outro existe a obrigação positiva de obediência a tal direito, cuja inobservância poderá acarretar sanções próprias do Direito, tanto civis quanto penais.

---

<<http://www.cartacapital.com.br/politica/dados-da-receita-passeia-em-dvds-no-centro-de-sao-paulo>>. Acesso em 31.03.2016.

<sup>13</sup> Rafael Jimenez Parga assegura que “Por lo demás, y según ya se dijo respecto del secreto em general, em su raíz el secreto bancario es um deber moral que el Derecho concretará o no em norma jurídica, según la recepción que le preste; si la recepción es positiva, y lo transforma em deber jurídico, no le restará su raí primitiva, sino más bien se la fortalecerá”. In. PARGA CABRERA, Jimenez Rafael. **El Secreto Bancario en el Derecho Español**. Revista de Derecho Mercantil. v. 113. Espanha, 1969. p. 380.

A obrigação jurídica, por óbvio recai sobre a instituição financeira, a qual, em razão do vínculo contratual, está obrigada a guardar sigilo de todos os dados e informações que tome conhecimento em razão da prestação de seus serviços e exercício de suas atividades típicas.

Desse modo, considerando que o ordenamento jurídico contempla deveres e obrigações por meio de leis (*lato sensu*), esta seria a natureza jurídica do sigilo bancário: uma obrigação legalmente imposta à instituição bancária em relação aos dados e informações de seus clientes.

### 1.3. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA DO SIGILO BANCÁRIO

Ao longo dos anos sempre se buscou criar fundamentações jurídicas para a proteção do sigilo bancário, sendo que diversas teorias foram criadas para justificar tal prática.

#### 1.3.1. Teoria do Uso e Costume

A *Teoria do Uso*, na prática, justifica que o sigilo bancário encontra seu principal fundamento nos usos e costumes das sociedades. Isso porque o dever de sigilo a que as instituições financeiras estariam vinculadas teria base em normas gerais de Direito, sendo a relação estabelecida entre as partes pautada na confiança do cliente que assegura ao banco o sigilo de seus dados<sup>14</sup>.

#### 1.3.2. Teoria do Contrato

A *Teoria do Contrato*, por seu turno, embasa ideia de que, tendo o cliente procurado a instituição financeira e a ela confiado seus depósitos, realização de aplicações e operações financeiras, estaria estabelecida uma relação contratual entre as partes (instituição financeira e cliente), fazendo como que houvesse uma obrigação contratual acessória de sigilo à obrigação principal de realização do depósito, operação, etc.

---

<sup>14</sup> GARRIGUES, Joaquín. **La operación bancaria y el contrato bancario**. In. Revista de Derecho Mercantil. v. 56. Espanha: Temis. 1957, p. 274.

Assim, o dever de manutenção do sigilo seria objeto do contrato firmado entre as partes, sendo que a inobservância deste aspecto caracterizaria infração contratual, com as consequências dele derivadas. O grande expoente desta teoria é o autor alemão Scheerer, defensor da tese de que entre um dos primeiros e mais legítimos interesses do cliente está a manutenção do segredo patrimonial de suas operações. Portanto, o funcionário da instituição financeira, ao cumprir um desejo do cliente por força de contrato pactuado entre a instituição e o indivíduo, estará executando uma obrigação contratual, sendo certo que tal prática está vinculado ao bom exercício da profissão de acordo com os costumes e a boa-fé.

Assim, para o referido autor, a manutenção do sigilo bancário pela instituição financeira seria a adimplência de uma obrigação contratual acessória, situada ao lado da obrigação principal objeto do contrato<sup>15</sup>. Como toda teoria, a Teoria contratual sofre críticas.

Os opositores desta teoria afirmam que a vontade das partes não seria suficiente para fundamentar o dever contratual, especialmente porque nem todos os contratos conteriam cláusula de sigilo, sendo que, deste modo, teria que se aceitar que o Direito acreditaria que se trata de uma “cláusula tácita dessa espécie de contrato”<sup>16</sup>.

### **1.3.3. Teoria do Segredo Profissional**

Outra parte da doutrina, por sua vez, sustenta ser o sigilo bancário fundamentado no dever profissional de sigilo – esta é a chamada *Teoria do Segredo Profissional*.

No entendimento dos autores que defendem esta teoria, os funcionários das instituições financeiras seriam igualados a sacerdotes, advogados, etc; sendo-lhes obrigada a manutenção do sigilo das informações obtidas em decorrência do exercício de sua profissão, como sustentado pelo autor francês Hamel. A grande

---

<sup>15</sup> MELLO FILHO, Álvaro. **Dimensões jurídicas do sigilo bancário**. Revista Forense. n. 287. 472. Rio de Janeiro: Forense. 1984. 472.

<sup>16</sup> VERGARA BLANCO, Alejandro. Op. Cit. p. 41.

crítica feita a esta teoria esta consignada no argumento de que o ordenamento jurídico de muitos países não traz a previsão específica deste tipo de sigilo com relação aos funcionários de instituições financeiras<sup>17</sup>.

#### **1.3.4. Teoria da Obrigação Jurídica**

Há, ainda, a *Teoria da Obrigação Jurídica*, na qual o sigilo bancário encontraria seus fundamentos em dispositivos legais. Nesse caso, não sealaria em usos e costumes ou disposições contratuais, mas sim de uma obrigação de caráter legal<sup>18</sup> em virtude de opção legislativa pela positivação do dever de sigilo bancário.

---

<sup>17</sup> Idem. Ibidem. p. 47.

<sup>18</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. **O Sigilo Bancário, a Lei 9.613/98 e a Intributabilidade do Ilícito**. Repertório IOB de Jurisprudência. 1998, p. 273.

## 2. HISTÓRICO LEGISLATIVO DO SIGILO BANCÁRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

### 2.1. HISTÓRICO LEGISLATIVO CONSTITUCIONAL

#### 2.1.1. Constituição Política do Império do Brasil de 1824

De maneira sutil e respeitadas as características sociais, culturais e econômicas da época em que foi escrito o diploma constitucional em epígrafe, é possível verificar que o tema em questão foi tratado já na Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824, que dispunha, no art. 179, XXVII, o direito inviolável ao segredo das cartas<sup>19</sup>:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

(...)

XXVII. O Segredo das Cartas é inviolavel. A Administração do Correio fica rigorosamente responsavel por qualquer infracção deste Artigo.

O termo sigilo, como se pode notar, não é mencionado. Nada obstante, já se observa grande semelhança entre a redação do referido dispositivo com o art. 5º, *caput*, da CRFB/88<sup>20</sup>:

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

Pode-se concluir que o dispositivo da Carta de 1824, apesar de não tratar diretamente da questão do sigilo, ao prever a inviolabilidade dos direitos civis e políticos, com base na liberdade e a segurança individual, acaba por definir que

---

<sup>19</sup> BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política Do Imperio Do Brazil de 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em 28.05.2016.

<sup>20</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico. 1988, 292 p.

quaisquer direitos individuais do cidadão (o sigilo de dados, portanto) seriam resguardados. Nas palavras de MARCOS NORONHA<sup>21</sup>:

(...) o texto fazia menção à garantia da liberdade e da segurança individual, conceitos tais que, certamente, haviam de englobar quaisquer direitos civis ou políticos, dentre os quais as informações e os valores (individuais), resguardando-se, outrossim, o seu sigilo.

Havia sob a égide constitucional o segredo das cartas, que eram invioláveis. Evidentemente que em uma época, na qual o meio utilizado para a comunicação entre os cidadãos era as cartas, não havia motivos para o legislador constitucional pensar em outras hipóteses garantidoras dos direitos individuais.

É de bem ressaltar que o citado segredo das cartas também estava nas Cartas Penais da época, como por exemplo, no Código Criminal do Império do Brasil, cujos Artigos 215 a 218, da Secção VII, do Capítulo I, sob a rubrica Abertura de Cartas, impunham penas ao que violavam o segredo das cartas(...)

### 2.1.2. Constituição Republicana de 1891

No Governo Provisório de 15 de novembro de 1889, as atividades do Ministério da Fazenda foram exercidas por Rui Barbosa. Nesta época, uma fato foi de extrema relevância em sua participação no governo de Deodoro da Fonseca: a Constituição de 1891, a qual praticamente redigiu na íntegra, com o auxílio de Prudente de Moraes<sup>22</sup>.

Com inspiração norte-americana, a Carta de 1891, fortemente presidencialista, federal e democrática, além de unir as províncias e constituir o país em Estados, diante de seu espírito liberal, passou a tutelar novos direitos e garantias dos cidadãos cansados da monarquia absolutista. No que diz respeito ao sigilo, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, tratou do tema no §18 do art. 72<sup>23</sup>:

---

<sup>21</sup> ARINOS, Afonso. **Algumas Instituições Políticas no Brasil e nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Forense. 1975, p. 58 e segs.

<sup>22</sup> BALEEIRO, Aliomar. Aliomar; SOBRINHO, Barbosa. **Constituição, história, Brasil. I. Brasil. Constituição de 1891**. II. Série. Coleção Constituições brasileiras; v. 5. 3ª ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. p. 12.

<sup>23</sup> BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em 28.05.2016.

Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 18. É inviolavel o sigillo da correspondencia.

Verifica-se que ao deixar de apontar explicitamente “cartas” e tratar de “correspondência”, o constituinte de 1891 buscou ampliar o rol de meios de comunicação/informação protegidos pelo sigilo, no que pese, novamente, não citar de maneira explícita o sigilo bancário.

### **2.1.3. A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**

Do ponto de vista formal, o constituinte inspirou-se na Constituição de Weimar, de 1919, e na Constituição Republicana espanhola, de 1931. A Lei Maior de 1934 foi elaborada de acordo com o pensamento jurídico da época, o qual, nascido depois da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), buscava a racionalização do poder<sup>24</sup>.

Na exata linha dos constituintes anteriores, os legisladores de 1934 demonstraram preocupação com a manutenção do sigilo das correspondências. Entretanto, vale ressaltar que constava no anteprojeto da Constituição de 1934, publicado no Diário da Assembleia Nacional de 17 de novembro de 1933, certa relativização desse direito; conforme se verifica da leitura da parte final do dispositivo que tratava do sigilo das correspondências dos cidadãos brasileiros, então inscrito no Título VIII (Da Declaração de Direitos e Deveres), no art. 102, §24, com a seguinte redação<sup>25</sup>:

Art. 102. A União assegura a brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos seguintes têmes:

(...)

§ 24. É inviolável o sigilo da correspondência, salvo a censura, em caso de guerra ou estado de sítio.

<sup>24</sup> POLETTI, Ronaldo. **Constituição, história, Brasil. I. Brasil. Constituição 1934.** II. Série. Coleção Constituições brasileiras; v. 3. 3ª ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. 2012, p. 13

<sup>25</sup> Op. Cit. p 83..

Com a promulgação da Lei Maior de 1934, por meio do Decreto Legislativo nº 6, de 18 de dezembro de 1935, publicado no dia seguinte no Diário do Poder Legislativo, a redação do artigo e do parágrafo que previam o direito ao sigilo das correspondências foi alterada, sendo o dispositivo inserido agora no Título III (Da Declaração dos Direitos), no Capítulo II (Dos Direitos e das Garantias Individuais), sem as faculdades relativas à censura, em casos de guerra ou estado de sítio, conforme constava do anteprojeto<sup>26</sup>:

Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:  
(...)  
8) É inviolável o sigilo da correspondência.

#### 2.1.4. A Constituição de 1937

O texto constitucional de 1937, que teve como principal autor Francisco Campos, foi decretado em 10 de novembro de 1937 atendendo “às *legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente a gravação dos dissídios partidários, que, uma, notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil*”<sup>27</sup>.

A questão do sigilo foi novamente tratada pelo constituinte; no entanto, cumpre chamar a atenção para dois pontos sobre o novo texto constitucional: (i) a palavra sigilo foi suprimida do dispositivo, e (ii) como se depreende da parte final do dispositivo, pela primeira vez na história, ocorreu a efetiva relativização (no texto constitucional) da quebra do sigilo de correspondência. Nada obstante, seguindo a

---

<sup>26</sup> BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em 28.05.2016.

<sup>27</sup> BRASIL. Constituição (1937). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em 28.05.2016.

linha da última Carta Maior, a norma foi mantida sob a rubrica dos Direitos e Garantias Fundamentais<sup>28</sup>:

Art. 122. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

6º) a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei;

Ratificando a ideia já desenvolvida pelos debatedores da Assembleia de 1934, quando se afirmou que os direitos e garantias individuais não tratavam de direitos e garantias absolutos, o constituinte, sob o argumento de que o interesse público deve sempre prevalecer diante dos direitos individuais, consignou no art. 123 daquele mesmo diploma:

Art. 123. A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição.

Sob este prisma, é interessante notar que o n° 6, do art. 122, acabou por ser revogado pelo Decreto n° 10.358, de 31 de agosto de 1942, o qual declarou o estado de guerra em todo o território nacional. Nesse sentido, percebesse que o que acabou sendo feito pelo então presidente Getúlio Dorneles Vargas, foi, por meio do referido Decreto do Poder Executivo, reviver o sentimento dos autores do anteprojeto da Constituição de 1934 (art. 102, § 24, supra) e suprimir o direito à inviolabilidade de correspondências nos casos de estado de guerra ou sítio.

### **2.1.5. A Constituição de 1946**

Com uma estrutura e linhas gerais bastante semelhantes às da Constituição de 1891, no entanto sem a rigidez presidencialista daquela, a Constituição de 1946, além de trazer diversas inovações na seara tributária (como a definição expressa do conceito de Contribuição de Melhoria “quando se verificar valorização do imóvel em

---

<sup>28</sup> Ob. Cit. Idem. Ibidem.

*conseqüência de obras pública não podendo ser exigida em limites superiores à despesa realizada (para todos os imóveis lançados), nem ao acréscimo de valor para cada imóvel beneficiado*<sup>29</sup>, conservou o direito ao sigilo no rol da Declaração dos Direitos, no capítulo que trata dos Direitos e das Garantias Individuais<sup>30</sup>:

Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 6º É inviolável o sigilo da correspondência.

### **2.1.6. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**

A Constituição Federativa de 1967, publicada no Diário Oficial da União de 24 de janeiro de 1967, manteve a inviolabilidade do sigilo, estendendo-o, agora, às comunicações telegráficas e telefônicas<sup>31</sup>:

Art. 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 9º São invioláveis a correspondência e o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas.

Mesmo após a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969<sup>32</sup>, o sigilo restou resguardado pela Constituição de 1967, sendo que o normativo passou a vigorar com uma sutil alteração no início do texto do parágrafo 9º:

Art. 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 9º É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas.

<sup>29</sup> BRASIL. Constituição (1946). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em 28.05.2016.

<sup>30</sup> Ob. Cit. Art. 30, *caput* e Parágrafo Único.

<sup>31</sup> BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em 28.05.2016.

<sup>32</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_antecedente1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc01-69.htm)>. Acesso em 29.05.2016.

### 2.1.7. A Constituição de 1988:

Com a publicação da Carta Maior hoje vigente em 05 de outubro de 1988, os debates acerca da proteção do sigilo das informações bancárias tomou grandes proporções, visto que, pela primeira vez, a expressão “*sigilo de dados*” foi incluída no texto constitucional sob a rubrica de direito e garantia fundamental. Ademais, a doutrina majoritária passou a defender que o sigilo bancário estaria protegido por outros dispositivos constitucionais, a saber: arts. 145, § 1º e 192, *caput*<sup>33</sup>:

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

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

Como será visto em capítulo dedicado exclusivamente à análise da construção jurisprudencial, após a promulgação da Carta Magna de 1988 os julgadores pátrios passaram a firmar entendimento no sentido de que o sigilo bancário estaria sim protegido pela CRFB/88 como garantia fundamental, sendo que tal direito só poderia ser relativizado mediante prévia atuação do Poder Judiciário.

---

<sup>33</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 29.05.2016.

## 2.2. HISTÓRICO INFRACONSTITUCIONAL BRASILEIRO

### 2.2.1. A Lei n° 4.595, de 31 de dezembro de 1964<sup>34</sup>

A Lei n° 4.595, de 31 de dezembro de 1964, a qual dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, no art. 38 (revogado pela LC n° 105/2001), assegurava ao contribuinte pleno direito de sigilo, por parte das instituições financeiras, de suas informações bancárias, ao prever que tais instituições sempre conservariam sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

A Lei n° 4.595/1964, no entanto, já relativizava o direito ao sigilo bancário nas hipóteses em que, instaurado processo e o exame de documentos, livros e registros de contas de depósitos fosse considerado indispensável pela autoridade competente, poderiam os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados proceder a análise de tais documentos (art. 38, § 5º, da Lei n 4.595/1964)<sup>35</sup>.

Assim, parte da doutrina sustenta que, na vigência do art. 38 da Lei n° 4.595/64, as hipóteses em que seria necessária a intervenção do Poder Judiciário para quebra do sigilo bancário estariam disciplinadas no §1º do referido dispositivo. Nesse sentido, haveria o permissivo do §5º que permitiria o acesso da Administração Pública às informações bancárias sem que fosse necessária a autorização judicial, sendo suficiente a existência de procedimento administrativo fiscal instaurado.

---

<sup>34</sup> BRASIL. Lei n° 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o conselho monetário nacional. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil** do dia 31.12.1964, Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4595.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm)>. Acesso em 29.05.2016.

<sup>35</sup> Art. 38. 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.

(...)

§ 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. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4595.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm)>. Acesso em 29.05.2016.

Desse modo, tendo em vista o teor do art. 141, § 6º, da Constituição de 1946, o qual não faria qualquer referência aos direitos à intimidade, à vida privada e ao sigilo de dados, não haveria como se alegar qualquer vício de constitucionalidade do art. 38 da Lei nº 4.595/64.

### **2.2.2. Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986**

Posteriormente, a Lei nº 7.492/1986, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, permitiu ao Ministério Público a quebra de sigilo nos casos de crimes financeiros<sup>36</sup>:

Art. 29. O órgão do Ministério Público Federal, sempre que julgar necessário, poderá requisitar, a qualquer autoridade, informação, documento ou diligência, relativa à prova dos crimes previstos nesta lei.

Parágrafo único O sigilo dos serviços e operações financeiras não pode ser invocado como óbice ao atendimento da requisição prevista no caput deste artigo.

### **2.2.3. A Lei Complementar nº 105<sup>37</sup>, de 10 de janeiro de 2001 (LC nº 105/2001)**

Quando de sua publicação, as autoridades fiscais tomaram a LC nº 105/2001 como o instrumento legal de combate a supostos ilícitos fiscais que estariam sendo praticados constantemente em nosso País, contribuindo, em grande escala, para o agravamento das crises financeiras da nação.

Por outro lado, a maioria dos contribuintes recebeu o referido diploma legal com enorme repúdio, alegando que seus dispositivos, em especial os arts. 5º e 6º, violavam o direito à intimidade e privacidade, ao relativizar arbitrariamente o sigilo de dados bancários.

---

<sup>36</sup> BRASIL. Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986. Dispõe sobre os crimes contra o sistema financeiro nacional. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil do dia 18.06.1986**, Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7492.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm)>. Acesso em 29.05.2016.

<sup>37</sup> BRASIL. Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil do dia 11.01.2001**, Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp105.htm)>. Acesso em 29.05.2016.

Pela pertinência que os referidos artigos terão para as digressões do presente trabalho, cumpre que seja feita sua transcrição:

Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

§ 1º Consideram-se operações financeiras, para os efeitos deste artigo:

- I – depósitos à vista e a prazo, inclusive em conta de poupança;
- II – pagamentos efetuados em moeda corrente ou em cheques;
- III – emissão de ordens de crédito ou documentos assemelhados;
- IV – resgates em contas de depósitos à vista ou a prazo, inclusive de poupança;
- V – contratos de mútuo;
- VI – descontos de duplicatas, notas promissórias e outros títulos de crédito;
- VII – aquisições e vendas de títulos de renda fixa ou variável;
- VIII – aplicações em fundos de investimentos;
- IX – aquisições de moeda estrangeira;
- X – conversões de moeda estrangeira em moeda nacional;
- XI – transferências de moeda e outros valores para o exterior;
- XII – operações com ouro, ativo financeiro;
- XIII - operações com cartão de crédito;
- XIV - operações de arrendamento mercantil; e
- XV – quaisquer outras operações de natureza semelhante que venham a ser autorizadas pelo Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários ou outro órgão competente.

§ 2º As informações transferidas na forma do *caput* deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados.

§ 3º Não se incluem entre as informações de que trata este artigo as operações financeiras efetuadas pelas administrações direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 4º Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.

§ 5º As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor.

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver

processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

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

Os ilícitos fiscais alegados pelo Fisco estariam ligados a crimes de evasão tributária por via de transações financeiras, as quais estariam sendo indevidamente protegidas pelo sigilo de dados conforme vinha se consolidando a jurisprudência dos Tribunais Superiores. Assim, apesar das decisões que vinham sendo emanadas pelas Cortes maiores de nosso país, haveria diversos dispositivos da CRFB/88 que relativizariam o sigilo bancário, entre eles estariam o *caput* dos arts. 5º e 37; além do art. 145, §1º e do art. 150, inciso II.

A LC nº 105/2001 ensejou o ajuizamento de várias ADIs e a interposição de diversos recursos nos Tribunais pátrios, um deles, inclusive, com repercussão geral reconhecida STF. Neste trabalho, a análise dos precedentes que culminaram no mais recente entendimento do STF sobre a matéria serão estudados no Capítulo 4.

#### **2.2.4. Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001<sup>38</sup>**

O Decreto nº 3.724, da mesma data da LC nº 105/2001, regulamentou o art. 6º da LC nº 105/2001, relativamente à requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas.

Como visto acima, o art. 6º da LC nº 105/2001, autorizou as autoridades fiscais e tributárias dos Entes da Federação a examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes às contas de depósito e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou

---

<sup>38</sup> BRASIL. Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001. Regulamenta o art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, relativamente à requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil** do dia 11.01.2001, Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2001/d3724.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3724.htm)>. Acesso em 29.05.2016.

procedimento fiscal em curso, sendo o exame destes documentos considerados indispensáveis (nos termos do art. 3º da LC nº 105/2001) pela autoridade administrativa competente. Sobre o ponto relativo à existência de processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, Marcos Antônio Pereira Noronha esclarece que o legislador foi claro no sentido de que a utilização do sigilo bancário não ocorrerá somente quando já instaurada a fase contenciosa administrativa tributária, mas já no procedimento de fiscalização<sup>39</sup>.

#### **2.2.5. Decreto nº 4.489, de 28 de novembro de 2002<sup>40</sup>**

O Decreto nº 4.489/2002 regulamentou o art. 5º da LC nº 105/2001, no que concerne à prestação de informações à Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, pelas instituições financeiras e as entidades a elas equiparadas, relativas às operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

O art. 2º do Decreto nº 4.489/2002 estabelece que as informações bancárias de que trata serão prestadas, continuamente, em arquivos digitais, de acordo com as especificações definidas pela Secretaria da Receita Federal, e restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e com os montantes globais mensalmente movimentados, relativos a cada usuário, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos efetuados.

Apesar do Poder Executivo ter disciplinado a periodicidade, os limites de valor e os critérios a serem observados para a prestação dessas informações, facultou à Secretaria da Receita Federal alterar estes critérios, observadas a conveniência e oportunidade (art. 5º e incisos). Tal disposição deu ensejo à edição da Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 1.571, de 02 de julho de 2015.

---

<sup>39</sup> Op. Cit. p. 412.

<sup>40</sup> BRASIL. Decreto nº 4.489, de 28 de novembro de 2002. Regulamenta o art. 5º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, no que concerne à prestação de informações à Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, pelas instituições financeiras e as entidades a elas equiparadas, relativas às operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil do dia 29.11.2002**, Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2001/d3724.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3724.htm)>. Acesso em 29.05.2016.

### **2.2.6. Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil n° 1.571, de 02 de julho de 2015<sup>41</sup> (IN n° 1.571/2015):**

A IN n° 1.571/2015 dispõe sobre a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações financeiras de interesse da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).

O ponto mais debatido acerca da referida IN gira em torno dos novos limites globais estabelecidos para que seja apurada a necessidade de transmissão obrigatória de informações à autoridade fiscal. A IN estabelece como limite mensal o montante global de R\$ 2.000,00 reais mensais (o Decreto n° 4.489/2002 estabelecia o limite de R\$ 5.000,00 reais), os quais deverão ser apurados de forma agregada para todas as operações financeiras de um mesmo tipo mantidas na mesma instituição financeira.

---

<sup>41</sup> BRASIL. Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil n° 1.571, de 02 de julho de 2015. Dispõe sobre a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações financeiras de interesse da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB). Diário Oficial da República Federativa do Brasil do dia 03.07.2015, Brasília. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=65746&>>. Acesso em 29.05.2016.

### 3. O SIGILO BANCÁRIO NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO

#### 3.1. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO SIGILO DE DADOS

Conforme visto no item sobre a proteção de dados na CRFB/88 (Capítulo 2), o sigilo bancário encontraria proteção constitucional, especialmente, nos incisos X e XII do art. 5º da Carta Magna. Nesse sentido, se faz necessária uma abordagem sobre estes dois dispositivos constitucionais, diretamente ligados à intimidade e à vida privada.

Dentre o rol de direitos fundamentais assegurados pelo art. 5º da CRFB/88, encontram-se aqueles destinados à proteção da intimidade e da vida privada, que, segundo a especialista em Análise de Constitucionalidade da UNILEGIS Carina Villela, são espécies de direitos da personalidade<sup>42</sup>.

Sobre os direitos fundamentais, Antonio Enrique Pére Luño os define como “um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional”<sup>43</sup>.

Diante de seu eminente caráter aberto e variado, os princípios fundamentais acabam sendo revelados nos mais diversos casos concretos. O resultado dessa concretização prática é que, por vezes, o indivíduo, no pleno exercício de um direito fundamental, pode constatar conflito ou colisão com outro bem jurídico ou direito fundamental.

Na análise de Canotilho<sup>44</sup>, há colisão de direitos fundamentais quando:

“com o exercício do mesmo ou de outro direito fundamental por parte de outro titular (*conflito de direitos em sentido estrito*); (...) com a defesa e

---

<sup>42</sup> ANDRADE MONTEIRO, Carina Villela. **Direito à privacidade versus direito à informação**. Revista de Informação Legislativa nº 173. Ano 44. Brasília: Unilegis. 2007, p. 27.

<sup>43</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 362.

<sup>44</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina. 1999, p. 135.

proteção de bens da colectividade e do Estado constitucionalmente protegidos ( *conflito entre direitos e outros bens constitucionais*”).

Nesse sentido, na concepção de Edilsom Pereira de Farias, tendo os direitos fundamentais sido outorgados por normas jurídicas cujas características são essencialmente de princípios, os métodos de resolução de conflito de princípios, via de regra, são aplicáveis ao conflito de direitos fundamentais<sup>45</sup>.

Como será visto em maior profundidade em momento oportuno, quando da discussão entre contribuintes e a Fazenda Nacional acerca do sigilo dados bancários, é alegado que, se por um lado há o direito à informação dos dados à autoridade competente, pois o tratamento fiscal deve ser realizado pelo Fisco de forma igualitária entre os contribuintes, há, também, o direito destes à sua intimidade e à vida privada; ou seja, aparentemente poderia ser arguido um conflito de direitos fundamentais (intimidade e vida privada versus informação) e, ainda, de princípios constitucionais (privacidade versus igualdade). Ainda que exista essa discussão, a maior parte da doutrina pátria acaba utilizando as expressões “direito à intimidade”, “direito à vida privada”, “direito à privacidade”, etc. como sinônimas, no que pese existirem autores que acham importantíssima sua distinção.

Entre estes últimos autores se encontra Alexandre de Moraes, para quem o direito a proteção de dados seria um complemento ao direito da intimidade e da vida privada – em outras palavras, o direito fundamental contido no art. 5º, XII, da CRFB/88 seria um complemento aos outros direitos assegurados no art. 5º, X, da Carta Magna. Nessa esteira de entendimento, as informações fiscais e bancárias, independentemente se de posse da instituição financeira ou da RFB, integram a vida privada do contribuinte<sup>46</sup>.

Analisando o posicionamento do autor, que se ajusta com aquele esposado por outros grandes doutrinadores<sup>47</sup>, parece claro que o próprio constituinte buscou

---

<sup>45</sup> FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. 2000, p. 121.

<sup>46</sup> DE MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas. 2000, p. 79 – 85.

<sup>47</sup> O pensamento do autor se alinha ao exposto por outros doutrinadores, como Tércio Sampaio Ferraz Júnior: “A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma

distinguir a intimidade da vida privada, concedendo ao cidadão a maior proteção possível. Desse modo, apesar de não se confundirem, o direito à intimidade e a vida privada guardam estreita relação.

Não obstante, a doutrina está longe de um posicionamento unânime sobre o assunto<sup>48</sup>:

“Não há unanimidade quanto à existência ou não de uma diferença conceitual entre direito à intimidade e direito à privacidade. Para uma corrente não existe mesmo qualquer distinção, sendo ambos equivalente, decorrentes do direito da personalidade. Para outra corrente, há distinção e ela decorre de o direito à intimidade ser mais restrito que o direito à vida privada, correspondendo a uma esfera mais recôndita da personalidade. Ainda há um terceiro grupo que sustenta que o direito à intimidade seria abrangente de vários outros dele decorrentes, como o próprio direito à vida privada. Nessa ótica, ele se confundiria com o direito da personalidade, este reconhecidamente aglutinador de diversos direitos, como o o direito ao nome, a imagem, à obra artística e literária, à inviolabilidade de domicílio, ao segredo ou sigilo, etc.

De qualquer modo, se não se conseguiu discernir claramente um do outro, depois de tantas tentativas, melhor considera-los uma mesma coisa.”

Para a corrente doutrinária defensora da inexistência de diferença entre as expressões, o que há, de fato, é um alargamento da base de direitos protegidos pela CRFB/88 sob a rubrica de direitos fundamentais, englobando o sigilo bancário, sigilo fiscal, sigilo de dados, sigilo telefônico, sigilo de correspondência, etc<sup>49</sup>.

Paulo Fernando Toledo sustenta que a diferença entre a intimidade e a vida privada está na gradação, sendo a intimidade corresponde ao grau máximo do que pode ser considerado privado. Portanto, conclui que o que existe de mais privativo em relação ao indivíduo certamente diz respeito à intimidade. Assim, poder-se-ia

---

repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum). Não há um conceito absoluto de intimidade, embora se possa dizer que o seu atributo básico é o estar-só, não exclui o segredo e a autonomia (...) Já a vida privada envolve a proteção de formas exclusivas de convivência. Trata-se de situações em que a comunicação é inevitável (em termos de relação de alguém com alguém que, entre si, trocam mensagens), das quais, em princípio, são excluídos terceiros. Seu atributo máximo é o segredo, embora inclua também a autônoma e eventualmente, o estar-só com os seus”. In. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. v. 88. Revista da Faculdade de Direito. São Paulo. 1993, p. 442.

<sup>48</sup> GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo. **Direito à Privacidade**. Revista da EMERJ. v1. n° 2. Rio de Janeiro. 2008, p. 52.

<sup>49</sup> Op. Cit. p. 54.

afirmar que um direito pode ser tutelado, a depender do caso concreto, pela intimidade ou pela vida privada<sup>50</sup>. Para este autor, a tutela do sigilo bancário não se trata de uma simples guarida consuetudinária ou contratual, estando na constituição as raízes que amparam tal direito, ainda que inexista norma expressa a respeito.

Nessa esteira de entendimento, há a possibilidade de determinada informação, confiada a instituição financeira, possuir tamanho caráter íntimo, que a norma constitucional a ser invocada no intuito de impedir-se a quebra do sigilo bancário é aquela referente à intimidade. Uma ressalva feita pelo mesmo autor é que o direito à intimidade está sempre ligado diretamente ao sujeito que o invoca, não vinculando terceiros (os quais, por sua vez, poderão também suscitar seus direitos caso lhes interesse e aproveite).

Ao lado da intimidade está a privacidade, qualificado por Tercio Sampaio Ferraz Junior como um direito subjetivo fundamental, sendo que se caracteriza pela presença de três elementos indispensáveis, quais sejam: sujeito, conteúdo e objeto. Nessa concepção, explica o emérito autor que o sujeito é o titular do direito; o conteúdo refere-se a faculdade a ele atribuída; e o objeto, por fim, é o bem jurídico<sup>51</sup>.

Ainda sobre a privacidade, expôs Tercio Sampaio Ferraz Junior<sup>52</sup>:

um direito subjetivo fundamental, cujo titular é toda pessoa, física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, residente ou em trânsito no país; cujo conteúdo é 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 só a ele lhe disserem respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão; e cujo objeto é a integridade moral do titular.

---

<sup>50</sup> CAMPOS SALLES DE TOLEDO, Paulo Fernando. **Sigilo Bancário**. Revista de Direito bancário e Mercado de Capitais. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 225.

<sup>51</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Sigilo das operações de instituições financeiras**. Revista do Instituto de Advogados de São Paulo. v. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 164-165.

<sup>52</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. n. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997, p. 77.

## 3.2. O DEBATE DOUTRINÁRIO E OS REFLEXOS JURISPRUDENCIAIS

### 3.2.1. A utilização do sigilo bancário pela administração pública e a violação constitucional da intimidade, da vida privada e do sigilo de dados

No mesmo soar do posicionamento de Carina Villela acima exposto, Alexandre de Moraes defende que o direito à proteção de dados seria um complemento ao direito da intimidade e da vida privada. Em outras palavras, o direito fundamental conscrito no art. 5º, XII, da CRFB/88, seria um complemento a outros direitos assegurados no art. 5º, X, da Carta Magna<sup>53</sup>.

Especificamente sobre o sigilo bancário, o professor Sasha Calmon defende a tese de que não haveria como se falar em proteção à intimidade do indivíduo ao mesmo tempo em que se admite uma constante e ininterrupta vigilância das contas bancárias do contribuinte, não restando dúvidas de que o desrespeito ao sigilo em voga acarreta grave ofensa aos direitos fundamentais da CRFB/88.

Tal acepção é mais bem compreendida quando olhamos para todo o invólucro do sigilo bancário. Isso porque certos dados, não necessariamente relacionados a valores (como, por exemplo, uma doação a determinada seita religiosa ou a partido político), se tornariam de conhecimento de auditores da Fazenda Pública, sendo que estaria sendo descortinada uma vontade secreta do contribuinte, em completa afronta à sua intimidade. O tratamento do sigilo bancário envolveria questões de relevância social, pública e particular, o que explicaria a existência de tantas maneiras distintas de tratar a questão:

“O tratamento jurídico do sigilo bancário, na atualidade, pesa questões opostas, interesses contrapostos, todos de profunda relevância social, pública e coletiva. De um lado, são raras as constituições que o enxergam como direito fundamental do cidadão, que se opõe ao devassamento de sua privacidade por meio da divulgação de dados pessoais, direito socialmente apoiado na perspectiva de crescimento do sistema financeiro, dos créditos e dos investimentos; de outro lado, aparece a necessidade de combater a

---

<sup>53</sup> DE MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas. 2000, p. 79-91.

prática de crimes de todo o gênero, inclusive a sonegação fiscal, levando o legislador a prever exceções, quebras e rupturas do sigilo.”<sup>54</sup>

Seguindo os estudos do Professor Sasha Calmon, tanto nos países em desenvolvimento como nos desenvolvidos, buscar-se-ia, a priori, manter como regra a proteção ao sigilo bancário, muito embora nenhum destes se admita a manutenção do sigilo em casos de suspeita de prática de ilícito.

Da análise do cenário mundial, vislumbra-se que os mecanismos legislativos de proteção ao sigilo bancário (em um contexto amplo e geral) seriam sempre relativos. Não obstante, ao mesmo tempo se nota que a possibilidade de fornecimento de informações bancárias ao Fisco deveria sempre obedecer as cautelas e formalidades previstas na legislação. Essa linha de entendimento reforça a ideia de que o sigilo bancário se apresentaria como um desdobramento do direito à privacidade e à intimidade. Ao explicar os motivos pelos quais essa seria a melhor interpretação do instituto, Sacha Calmon faz uso de argumentos esposados por Tércio Ferreira Jr. ao analisar as teorias de Pontes de Miranda e Arnoldo Wald<sup>55</sup>:

“Tércio Ferreira Jr., citando Pontes de Miranda, explica o objeto, o bem protegido no direito à privacidade e no sigilo de dados é:

“...a liberdade de ‘negação’ de comunicação de pensamento. O conteúdo, a faculdade específica atribuída ao sujeito é a faculdade de resistir ao devassamento, isto é, manter o sigilo (da informação materializada na correspondência, na telegrafia, na comunicação de dados, na telefonia). A distinção é importante. Sigilo não é o bem protegido, não é objeto de direito fundamental. Diz respeito à faculdade de agir (manter sigilo, resistir ao devassamento), conteúdo estrutural do direito”.

Com propriedade, observa Arnoldo Wald:

“o sigilo bancário se enquadra no conceito mais amplo do segredo profissional, que tem merecido uma proteção muito ampla, ensejando sua violação caracterização como crime (art. 154 do Código Penal).

(...) o cliente não quer divulgar determinados fatos que, hoje, são reconhecidos como constituindo um reflexo e uma projeção de sua personalidade;

(...)o profissional, por sua vez, considera a discrição como elemento do seu fundo de comércio e, por outro lado, os nomes dos clientes constituem um verdadeiro segredo comercial e integram seu fundo de comércio.

(...) Chegou-se até a afirmar que o sigilo bancário constitui as pilastras de crédito e a garantia de uma economia sadia.”.

---

<sup>54</sup> CALMON NAVARRO COELHO, Sasha. Manual de Direito Tributário. São Paulo: Forense. 2001, p. 507.

<sup>55</sup> Ob. Cit.

Em continuidade, o Professor Aliomar Baleeiro afirma que, “*mesmo considerando as pressões internacionais, é inexplicável que a LC nº 105/2001, afrontando a nossa Constituição, tenha determinado a ruptura do sigilo bancário em face da administração tributária, sem a intervenção judicial*”.<sup>56</sup> Assim, ao determinar a ruptura do sigilo bancário diretamente pela Fazenda Nacional, a LC nº 105/2001 teria ofendido a segurança jurídica e fragilizado um direito constitucionalmente consagrado, colocando o Brasil em posição desvantajosa na luta que se trava pela conquista de mercado consumidor e conquista do capital.

Para esta corrente doutrinária (a qual pugna pela inconstitucionalidade da LC nº 105/2001), a análise da jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal facilmente levaria à conclusão de que nem mesmo por meio de Lei Complementar poderia ser extinto o direito ao sigilo bancário, vez que se trataria de um direito fundamental constitucionalmente consagrado<sup>57</sup>.

Para que houvesse, no entanto, uma mitigação deste direito, a norma complementar deveria conter requisitos mínimos, tais como (i) início de investigação em inquérito formalmente instaurado; (ii) existência de provas que corroborem com autoria e materialidade do ato ilícito supostamente praticado pelo sujeito passivo; (iii) pertinência da documentação requerida e a finalidade da investigação; e (iv) imprescindibilidade da quebra do sigilo para o êxito das investigações. Para Sasha Calmon, tão somente se estas prerrogativas fossem respeitadas não haveria ofensa

---

<sup>56</sup> BALEEIRO, Aliomar. **Limitações ao Poder de Tributar**. Rio de Janeiro: Forense. 2010, p. 1278.

<sup>57</sup> Nesse sentido: MS nº 21.729, julgado em 05.10.1995, in DJU 16.10.1995; MS nº 1.047-SP, rel. Min. RIBEIRO DA COSTA, julgado em 06.09.49; MS nº 1.959-DF, Rel. Min. LUIZ GALOTTI, ementário da jurisprudência do STF nº 138-1-49; RHC nº 31.611, Rel. designado Min. AFRÂNIO COSTA, julgado em 25.07.51, in DJU de 28.09.53; MS nº 2.172, Rel. Min. NELSON HUNGRIA, julgado em 10.07.53, in DJU de 05.01.54; RMS nº 2.574-MG, rel. Min. VILLAS BOAS, julgado em 08.07.57, in RTJ 2/429; RMS nº 9.057-MG, rel. Min. GONÇALVES DE OLIVEIRA, julgado em 13.09.61, in RTJ 20/84; RMS nº 15.925-GB, rel. Min. GONÇALVES DE OLIVEIRA, julgado em 20.05.66, in RTJ 37/373; AG nº 40.883-GB, rel. Min. HERMES LIMA, julgado em 10.11.67, in DJU de 06.03.68; RE nº 71.640-BA, rel. Min. DJACI FALCÃO, julgado em 17.09.71, in RTJ 59/571; RE nº 82.700-SP, Rel. Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, julgado em 11.11.75, in RTJ 76/655; MS nº 21.172-AM, rel. Min. SOARES MUÑOZ, julgado em 27.09.78, in DJU de 20.1.0.78; RE nº 94.608-SP, rel. Min. CORDEIRO GUERRA, julgado em 06.04.84, in RTJ 110/195; AG (AgRg) nº 115.469-1-SP, Rel. Min. RAFAEL MAYER, julgado em 28.11.86, in DJU de 12.12.86; HC nº 66.284-MG, Rel. Min. CARLOS MADEIRA, julgado em 24.05.88, in RTJ 127/891; HC nº 67.913-SP, Rel. p/o ac. Min. CARLOS VELLOSO, julgado em 16.10.90, in RTJ 134/309; PET nº 577 (Questão de Ordem)-SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, julgado em 25.03.92, in RTJ 148/366; AGRINQ nº 897, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, julgado em 23.11.94, in DJU de 24.10.95.

aos princípios da privacidade, intimidade, pertinência, proporcionalidade, finalidade e adequação.

Ao emitir opinião legal sobre o tema, os eméritos juristas Miguel Reale e Ives Gandra Martins concluem que a LC nº 105/2001 seria eivada de vícios de inconstitucionalidade por ter conferido a RFB, que é parte interessada na relação jurídico tributária, discricionariedade para quebrar o sigilo bancário. Tal prerrogativa seria incontestavelmente de competência do Poder Judiciário<sup>58</sup>, de forma que à integralidade do sistema nacional haveria sido assegurada a privacidade, sendo certo que o Fisco sempre deveria requisitar a quebra de sigilo ao Poder equidistante da República<sup>59</sup>.

Contra o argumento fazendário de que não haveria quebra do sigilo, mas sim a transferência de informações à RFB e o dever de manutenção daquele, argumenta-se que tal ideia não passaria de um manifesto sofisma, pois é ela própria (transferência de dados para a RFB) que configura a quebra do sigilo<sup>60</sup>. Desse modo, a LC nº 105/2001, violaria de modo manifesto e totalitário os direitos fundamentais do cidadão, criando uma situação instável de intranquilidade, inclusive para os bons contribuintes, que não teriam resguardada a proteção técnica do Poder Judiciário<sup>61</sup>.

Uma série de juristas demonstram essa mesma preocupação<sup>62</sup>: o controle judicial sobre as situações concretas em que seria ou não possível proceder-se com a quebra do sigilo bancário do contribuinte é uma garantia constitucional, sendo que apenas o Poder Judiciário pode constatar, diante do caso concreto, se há interesse

---

<sup>58</sup> REALE, Miguel; GANDRA DA SILVA MARTINS, Ives. **Inconstitucionalidade do Decreto nº. 4.489, de 28 de novembro de 2002, por macular o Processo Legislativo Plasmado na Lei Suprema e infringir Direitos Fundamentais do Cidadão**. Revista Dialética de Direito Tributário. n. 89. São Paulo: Dialética. 2002, p. 150.

<sup>59</sup> Idem. p. 156.

<sup>60</sup> Idem. p. 149.

<sup>61</sup> Idem. p. 158.

<sup>62</sup> Vasta gama de autores que refletiram sobre o assunto compartilham deste entendimento. Nesse sentido: BERNARDES BRAGA, Rodrigo. **Responsabilidade Civil das instituições Financeiras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001, p. 41-57; MERLIN CLÈVE; SEHN, Solon. **Crimes Fiscais e Sigilo Bancário: Pressupostos e Limites Constitucionais**. ESTELLITA SALOMÃO, Heloísa (Coord.). **Direito Penal Empresarial**. São Paulo: Dialética. 2001, 57-74.

público real em questão ou trata-se de ato arbitrário proferido pela autoridade administrativa.

Entre estes autores se encontra Leo Resenbaum, para quem o fato do sigilo bancário estar diretamente vinculado ao direito à privacidade teria caráter inviolável. Assim, ratifica que em atenção à reserva de jurisdição, somente poderia ser flexibilizado por ordem judicial, que, no caso concreto, decidirá imparcialmente pela quebra ou não do sigilo de dados bancários do contribuinte, dependendo das provas que lhe forem apresentadas e da prevalência do interesse público sob o particular, aptas a configurar a exceção ao mandamento constitucional.

A LC nº 105/2001 prevê um procedimento a ser respeitado para que seja possível à RFB requisitar informações bancárias diretamente às instituições financeiras. Conforme a Procuradoria da Fazenda Nacional, a exigência de respeito a esse “cuidadoso e rigoroso procedimento”<sup>63</sup> afastaria a necessidade de intervenção do Judiciário. Contra esse argumento, Léo Rosenbaum assevera<sup>64</sup>:

Observamos, aqui, a imprecisão da Lei, totalmente contrária ao próprio conceito do instituto que procurou introduzir em nosso ordenamento, já que simplesmente desconsiderou um dos direitos fundamentais dos particulares, o da preservação e inviolabilidade da intimidade, dando ao agente administrativo o poder de acessar as informações com condicionamentos totalmente irrelevantes.

Ademais, como inclusive sustentado oralmente pelo Dr. Ricardo Lacaz Martins quando da representação dos interesses do contribuinte no julgamento do RE nº 601.314<sup>65</sup>, a Fazenda Pública nunca teria enfrentado qualquer óbice perante o Poder Judiciário para ter seu requerimento apreciado. Esse argumento encontra respaldo na opinião exarada pela Ministra do STJ Eliana Calmon, em artigo sobre o assunto publicado na Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais<sup>66</sup>.

---

<sup>63</sup> Assim descrito pela Dra. Luciana Miranda Moreira na sessão que julgou conjuntamente as Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.ºs 2359, 2390 e 2397 e o Recurso Extraordinário n.º 601.314.

<sup>64</sup> ROSENBAUM, Léo. Quebra de Sigilo nos Contratos Bancários. WAISBERG, Ivo; ROLIM FERNANDES FONTES, Marcos (Coords.). **Contratos Bancários**. São Paulo: Quartier. 2006, p. 419.

<sup>65</sup> A sustentação oral do Dr. Ricardo Lacaz Martins será pormenorizadamente analisada em Capítulo próprio.

<sup>66</sup> CALMON, Eliana. WALD, Arnold (Coord.). **Sigilo Bancário**. Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, p. 7-14.

Segundo a Ministra, a relativização do sigilo bancário em face de requerimento formulado pela Fazenda Pública nunca encontrou obstáculos quando posta à apreciação técnica do Poder Judiciário. Observou que o art. 6º da LC nº 105/2001, ao possibilitar a quebra do sigilo bancário por qualquer agente fiscal de qualquer um dos entes da federação, sem a necessidade de autorização judicial, quando lido em conjunto com a lista do art. 5º (que dispõe sobre o conceito de operação), “*não deixa escapar nenhuma operação bancária, por mais singela que seja*”<sup>67</sup>, tamanha a sua abrangência, o que conduziria a uma grande devassa fiscal na vida econômico-financeira de todos os brasileiros, contribuintes ou não.

A tese desenvolvida por Marcelo da Silva Prado se desenvolve nesse exato sentido: colocando o sigilo bancário como um desdobramento do direito à privacidade, assegurado a todos no art. 5º, X, da CRFB/88, passível de flexibilização (por não ser direito absoluto) somente por intervenção do Poder Judiciário, em razão do caráter moderador e equidistante deste Poder da república. Importante salientar a necessidade do teor do pedido formulado pela Administração Tributária sempre conter fundamentos relevantes e elementos concretos de indícios de prática de atos que visam fraudar a legislação tributária.

A atuação do Poder Judiciário seria imperiosa, inclusive, para que seja respeitado o devido processo legal (*due process of law*), vez que no mesmo raciocínio de Sacha Calmon, não seria crível que uma parte interessada na aquisição das informações seja a autoridade competente para requerer e decidir se o agente fiscal realmente precisa (ou não) das informações bancárias de determinado contribuinte<sup>68</sup>:

“Desta forma, não se justifica a confusão perpetrada pelo artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001, a qual coloca nas mãos da administração tributária, através das autoridades e agentes fiscais tributários, simultaneamente, a função fiscalizatória e a de juiz da instrução, a decisão quanto à pertinência ou não da quebra do sigilo do contribuinte.

(...)

Nos parece claro que a autoridade que investiga não pode ser a mesma que, a seu único critério, decide se deve ou não ter acesso às informações

---

<sup>67</sup> Idem. p. 12.

<sup>68</sup> DA SILVA PRADO, Marcelo. O Sigilo bancário e o Direito Tributário. In. Teses Tributárias. São Paulo: Quartier Latin. 2010. p. 550-579.

bancárias. Essa concentração de poderes nas mãos do Fisco, só pode, levar ao arbítrio e é, evidentemente, contrária ao Direito.”

Ademais ao possibilitar à Administração Tributária o acesso as informações bancárias independentemente de intervenção do Poder Judiciário, a LC nº 105/2001 afrontaria a essência do Estado Democrático de Direito no qual há preocupação constante em se assegurar aos indivíduos um sociedade livre justa e solidária, sem olvidar do desenvolvimento nacional. Portanto, eventual ineficiência do Sistema Tributário Nacional em realizar uma de suas funções precípua jamais poderia ensejar na penalização e violação de direitos fundamentais do contribuinte, ainda mais sob vagas alegações de prática de sonegação de tributos<sup>69</sup>.

Sob essa linha de raciocínio, os aspectos materiais da vida do indivíduo também seriam abarcados pelo direito à privacidade, de modo que sua vida econômica compõe sua intimidade (a qual seria mais restritiva que a privacidade). Deste modo, a natureza das operações e dos bens que são protegidos pelo sigilo bancário não seriam nada mais que uma protuberância da vida privada do contribuinte e, portanto, merecedores de proteção constitucional.

Sobre este ponto, Aliomar Baleeiro conclui que em consequência do teor arbitrário da LC nº 105/2001, teríamos não só a ofensa ao direito à privacidade, à intimidade e à reserva de jurisdição, mas também seria possível vislumbrar uma séria fragilização do sistema financeiro nacional por meio de incremento dos negócios paralelos e da dolarização, bem como um estímulo à fuga de capitais para outras praças que porventura ofereçam mais segurança e, o que seria o mais grave no ponto de vista do autor, a recuperação de bens, recursos e valores de origem ilícita<sup>70</sup>.

Há, ainda, grande preocupação da doutrina com relação à manutenção do sigilo de dados pela autoridade tributária (suposta inviolabilidade do sigilo fiscal), conforme demonstram Miguel Reale e Ives Gandra Martins<sup>71</sup>:

---

<sup>69</sup> ROSENBAUM, Leo. Ob. Cit. p. 412.

<sup>70</sup> BALEEIRO, Aliomar. Ob. Cit. p. 1300.

<sup>71</sup> Ob. Cit.. p. 157.

Um pessoa que ganhe salário mínimo e que, durante anos a fio, tenha economizado centavos, chegando a possuir uma caderneta de poupança pouco superior a 5.000 reais, se quiser dela retirar seu investimento, para efeito, por exemplo, de adquirir algum bem duradouro, passará a estar nas malhas dos novos ´guardiões´ do sigilo bancário, que são os agentes fiscais da Receita Federal, os quais, diga-se de passagem, não primam pela eficiência na preservação das informações recebidas dos contribuintes. Recentemente, mais de um milhão de contribuintes tiveram suas declarações expostas em bancas de jornais da cidade de São Paulo, por quebra de sigilo da Receita, até hoje não tendo, o Senhor secretário, descoberto os culpados pelo vazamento desses dados, passíveis de utilização por sequestradores interessados e saber o patrimônio de suas futuras vítimas, a fim de estipularem o preço do resgate(...).

Com vistas a esta última ponderação, Melissa Folmann assegura que a LC nº 105/2001 coloca o sigilo como sinônimo de devedor. A referida autora faz a seguinte indagação: se quando era entendimento pacífico nos Tribunais Superiores de que necessária era uma intervenção judicial para que se flexibilizasse o sigilo bancário, já haviam problemas gerados, o que poderíamos esperar agora com a ingerência fiscal e a insegurança permanente dos fins a serem justificados para violação do sigilo de dados, bem como sua destinação<sup>72</sup>.

### **3.2.2. A constitucionalidade da LC nº105/2001 e a não existência de direito de sigilo oponível ao Fisco**

Conforme o professor Ricardo Lobo Torres, no que pese o entendimento de longa data do STF no sentido de assegurar o sigilo bancário do contribuinte ao vinculá-lo ao direito à intimidade consignado no art. 5º, inciso X, da CRFB/88, bem como o fez respeitável parte da doutrina, ele, por seu turno, entende que a LC nº 105/2001 veio para por fim a uma discussão de longa data entre Fisco e contribuinte, colocando o direito brasileiro ao lado do que já seria uma realidade em vários países (como Estados Unidos da América, Alemanha, França, Áustria, entre outros), ao permitir que o sigilo das movimentações perante instituições financeiras seja desvendado pela própria autoridade fiscal, nos casos em que há procedimento administrativo em curso e exista suspeita de prática de crime de sonegação fiscal.

---

<sup>72</sup> FOLMANN, Melissa. Sigilo Bancário e Fiscal. **Sigilo Bancário e Fiscal à luz da Lei Complementar 105/01 e do Decreto 3.724/01**. Curitiba: Juruá. 2004, p. 107-108.

Para esta parte da doutrina, a autorização do art. 145, §1º, da CRFB/88, para que a Administração Tributária identifique o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes é um poder-dever que se concretiza conforme a discricionariedade das autoridades em virtude do momento, da oportunidade e da forma de agir, não se tratando de uma simples faculdade.

Nesse compasso, do outro lado da relação tributária, não é facultado ao contribuinte omitir qualquer informação sobre aqueles aspectos (patrimônio, rendimentos e atividades econômicas) do Fisco. Portanto, da mesma forma que defende Eurico Diniz, essa parte da doutrina afirma que o contribuinte que oferece à tributação todos os valores devidos *“nada tem (...) a temer da investigação da autoridade fiscal, não havendo razão alguma para a defesa de um direito a sigilo bancário, somente justificável para impedir o exercício ordinário da ação fiscalizadora da autoridade administrativa competente”*<sup>73</sup>.

Em resposta ao posicionamento contrário, Mary Elbe Queiroz explica que não existiria qualquer mitigação de princípios, vez que o acesso do Fisco a informações bancárias também estaria relacionado a outros princípios, tais como a igualdade, solidariedade e capacidade contributiva. Portanto, estaríamos tratando de uma confirmação de dados previamente fornecidos às autoridades administrativas, e não de acesso direto sistêmico a informações, pelo que não seria correto falar em invasão de privacidade e/ou violação de intimidade.

Analisando este argumento, percebe-se que se busca tratar o acesso a dados bancários pelas autoridades fiscais como uma extensão do sigilo fiscal, não se falando assim em violação ao direito à privacidade por quebra de sigilo de dados.

Desse modo, ao concluir que a questão do sigilo bancário não decorreria da CRFB/88, pois a transferência de informações bancárias às autoridades fiscais não envolveria questões constitucionais, por certo que sua regulamentação deveria ser providenciada pelo legislador infraconstitucional. Eurico Diniz apoia-se em voto

---

<sup>73</sup> PITANGA SEIXAS FILHO, Aurélio. **Quebra do Sigilo Bancário pela Autoridade Administrativa**. Grandes Questões Atuais o Direito Tributário. São Paulo: Dialética. 2002. p. 39-40.

proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence quando do julgamento do Mandado de Segurança n° 21.729/DF para edificar este argumento:

o sigilo bancário não é abrangido pela garantia da vida privada nem por outro direito fundamental, sendo tão somente tutelado no âmbito da legislação ordinária e, assim, passível de limitações, acrescente-se, conforme arbítrio e ponderação política do legislador.

A legislação ordinária, no caso, seria a LC n° 105/2001. Desse modo, a lei que trata do sigilo bancário possui cunho infraconstitucional, não estando este direito (ao sigilo bancário) resguardado na CRFB/88<sup>74</sup>:

“Contrafacticamente, pode se argumentar que se trata de ineficácia social da regra de sigilo bancário, mas, para tanto, haveríamos de, ao menos, identifica-la no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, lendo e relendo, atentamente, os artigos X e XII do artigo 5° da Constituição da República não conseguimos identificar, seja no sentido paradigmático, seja no figurado, como podem estes dispositivos sustentar o impedimento da legítima transferência ao Fisco das informações que já são objeto do trato infraconstitucional de deveres instrumentais tributários.”<sup>75</sup>

Nesse sentido, o que haveria, de fato, seria uma ideologização sobre o real significado de transferência de informações bancárias ao Fisco, distorcendo o contorno e alcance dos direitos fundamentais à intimidade e à privacidade, sendo difundido na sociedade que a vigência dos arts. 5° e 6° da LC n° 105/2001 significa uma mitigação de direitos garantidos pelo constituinte originário e um ideia de que sempre haverá abuso de informações.

Demonstrando que o fervor social não passaria de uma “*ideologização midiática*”, Eurico Diniz cita o exemplo de contribuinte que, comprovada a ilegalidade da quebra de seu sigilo bancário por desrespeito aos procedimentos previstos na LC n° 105/2001, culminou, em 27 de março de 2006, com a saída do então Ministro da

---

<sup>74</sup> Entendimento exatamente no sentido oposto é externado por Paulo Fernando Salles, para quem a tutela do sigilo bancário não se trata de uma simples guarida consuetudinária ou contratual, estando na constituição as raízes que amparam tal direito, ainda que inexista norma expressa a respeito”.

<sup>75</sup> DINIZ DE SANTI, Eurico Marcos. Fundamento jurídico Constitucional do Direito à Prova, as Obrigações Acessórias e o Sigilo Bancário, In. A Prova no Processo Tributário. São Paulo: Dialética. 2010. p. 56.

Fazenda, de seu Assessor de Comunicação e do Presidente da Caixa Econômica Federal<sup>76</sup>.

Assim, seria incabível a ideia de que necessária seja uma autorização judicial para que se efetive a transferência de informações de dados bancários a agentes públicos no exercício de suas funções, pois, a seu ver, não é crível pensar que o magistrado poderá entrar no mérito de decisão administrativa sobre a escolha e conveniência dos indivíduos que devem ser fiscalizados.

A obrigatoriedade de autorização judicial prévia para acesso às informações bancárias acabaria, portanto, por retardar fiscalizações e eventuais autuações fiscais, dado o enorme embaraço que uma ação judicial constitui, o que, tangencialmente, acaba prejudicando o poder-dever da autoridade fazendária em constituir o crédito tributário, especialmente diante do prazo decadencial previsto nos arts. 150, § 4º, e 173, I, do CTN.

A Prof. Dra. Mary Elbe de Queiroz, que já no ano de 1983 exercia a função de Minutadora de Decisões em Processos Fiscais do Imposto de Renda na Delegacia da Receita Federal do Brasil de Pernambuco no Recife<sup>77</sup>, ressalta que a tese da doutrina crítica ao acesso das informações bancárias pelas autoridades fiscais, sem prévia autorização judicial, seriam, em suma, (i) a invasão à privacidade e intimidade do indivíduo; (ii) o eventual afastamento de investidores; (iii) o abuso por parte das autoridades no sentido de uso indevido das informações obtidas; e (iv) eventual vazamento dos dados.

Conforme a autora, tais alegações não merecem qualquer amparo visto que não haveria, nessa seara, sigilo possível de oponibilidade ao Fisco, dado que todas as informações devem ser informadas às autoridades por meio das mais diversas declarações sobre renda e patrimônio, cujas apresentações decorrem de previsão legal. Assim, não seria existente, a priori, qualquer segredo a respeito desses fatos (renda/patrimônio), pelo que os valores depositados e movimentados em contas

---

<sup>76</sup> Ob. Cit. p. 57.

<sup>77</sup> Disponível em: <[http://www.queirozadv.com.br/pdfs/curriculo\\_mary.pdf](http://www.queirozadv.com.br/pdfs/curriculo_mary.pdf)>. Acesso em 02.06.2016.

bancárias já deveriam ser de conhecimento da Fazenda Pública conforme determinado em lei. Portanto, inclusive como autorizado pela LC nº 105/2001, a existência de movimentações bancárias que não foram declaradas previamente pelo contribuinte, se não esclarecidas, configuraria a presunção legal de que os valores envolvidos nessas operações tiveram origem não comprovada, o que caracterizaria omissão de rendimentos para efeitos de autuação.

Ademais, a impossibilidade de acesso a dados bancários pelo Fisco iria de encontro ao princípio da isonomia tributária contido nos arts. 145, §1º, e 150, III, ambos da CRFB/88. Isso porque haveria discrepância entre os montantes oferecidos à tributação entre aqueles que têm à disposição mecanismos para ocultar do Fisco operações bancárias (que “escolheriam” submeter ou não a tributação certos rendimentos), e os contribuintes que tem sua renda tributada diretamente na fonte ou os que declaram integralmente sua renda à RFB.

Esse tipo de escolha de base de renda tributável, além de ferir a isonomia, configuraria evasão fiscal, cuja maior consequência é o aumento da carga tributária, o que, na prática, leva a conclusão de que evasão fiscal e aumento da carga tributária caminham no mesmo sentido; de modo que a eficácia fiscalizatória do Estado ajudaria a conter os índices de evasão tributária e aumentaria o potencial ofensivo de combate às práticas de sonegação fiscal. Nas palavras de Mary Elbe<sup>78</sup>:

“As maiores críticas que se colocam com relação à possibilidade de as autoridades fiscais poderem acessar as contas bancárias sem autorização judicial é, além da invasão de privacidade e intimidade, a possibilidade de que sejam afastados investidores ou de abuso por parte das autoridades fiscais, tanto no sentido de usarem esse poder com outras finalidades que possam configurar arbitrariedade, como na suposição de que elas possam divulgar os dados bancários para terceiros.

(...)

Em sua essência, na verdade, não existe qualquer sigilo a ser oposto ao Fisco com relação aos valores objeto de transações bancárias, pois tais valores já são, ou deveriam ser, de conhecimento prévio do próprio Fisco e a ele já deveriam ter sido informados espontaneamente pelo contribuinte através das respectivas declarações.

---

<sup>78</sup> GOMES QUEIROZ, Mary Elbe. A transparência fiscal e a inexistência de sigilo bancário para o Fisco. **Ensaio de direito tributário**. PONTES, Helenilson Cunha (Coord.). São Paulo: MP Ed., 2005, p. 323–325

(...)

Importa salientar que, na realidade, não há “quebra de sigilo bancário” quando se transferem informações que estão de posse das instituições financeiras para os agentes do Fisco, pois, a estes, igualmente, é transferida a obrigatoriedade da manutenção do sigilo dos dados obtidos em razão do ofício que desempenham.

(...)

Deve ser reconhecido, portanto, o direito do Fisco, independentemente de autorização ou processo judicial, obter informações das instituições financeiras acerca das movimentações e transações dos contribuintes com elas efetuadas, em conformidade com o artigo 197 do CTN e a Lei complementar n° 105/2001.”.

Sobre os argumentos da doutrina contrária à constitucionalidade integral da LC n° 105/2001, muito se sustentaria que ao partir-se do pressuposto de que sempre haverá um excesso de poder, haveria um abuso de direito originado na pretensão de dispor do direito à intimidade de modo absoluto, prejudicando o Estado no exercício de sua função precípua de identificação patrimonial do contribuinte.

Essa visão pecaria por realizar uma leitura superficial e pontual da LC n° 105/2001, deixando de considerar um sistema de acesso de informações bancárias blindado estabelecido pela LC n° 105/2001, diante da rigorosidade procedimental que a legislação complementar demandou para que agentes fiscais tenham acesso às informações bancárias dos contribuintes. Dessa forma, ao regulamentar o art. 5º, X, da CRFB/88, a LC n° 105/2001 garantiria o pleno exercício do direito à intimidade e à privacidade do sujeito passivo da relação tributária. Isso porque tais princípios (intimidade e privacidade) seriam fruto de outros dois princípios constitucionais: a legalidade e a igualdade, sendo certo que estes limitariam aqueles como seu real instrumento de realização.

Em síntese, não haveria intimidade e privacidade sem antes haver legalidade e a igualdade. Cumpre destacar que não se estaria diante da mitigada tese de hierarquização dos princípios, mas sim de uma ponderação, estabelecendo-se, em uma situação de princípios conflitantes em determinado caso, qual deve prevalecer.

Seguindo a doutrina de Pontes de Miranda, o direito serviria como meio de busca da igualdade em uma sociedade, sendo que a aplicação das normas jurídicas

seria condicionante para tanto. A lei (fundada no princípio da legalidade), possui em Pontes de Miranda dois planos: a legalidade geral, ou eficácia legal como chamou aquele autor; e incidência jurídica, também chamada de efetividade. Assim nasceria a necessidade de se agregar a devida efetividade à eficácia dos princípios da legalidade e igualdade, de modo a prevalecer o interesse público em face do interesse privado, permitindo à Administração Pública verificar as informações espelhadas pelos contribuintes em suas declarações de rendimento, com fulcro, especialmente, no mencionado art. 145, § 1º, da CRFB/88, de modo a impossibilitar a ocultação de fatos geradores de obrigações tributárias, restando legitimados os dispositivos da LC n° 105/2001, em harmonia com o art. 5º, *caput*, incisos X e XII, da CRFB/88.

Por estes motivos, Eurico Diniz conclui que apesar da terminologia constantemente utilizada, a LC n° 105/2001 não introduziu no ordenamento pátrio a quebra de sigilo bancário; inicialmente porque o art. 5º trata da transferência de informações entre as instituições financeiras e as autoridades fiscais e, ainda, porque o art. 6º fala do exame de tais informações. Assim, ratifica seu entendimento no sentido de que “*em nenhum momento esses dispositivos tratam de ‘quebra de sigilo bancário’, mas sim da transferência de sigilo destas informações à Administração Pública*”<sup>79</sup>.

Em outra obra, o autor conclui que não há justificativa para restringir o sigilo de informações bancárias às instituições financeira, dados esses que seriam da mesma espécie e nível de informações que haveriam sido levadas ao conhecimento do Fisco por adimplemento de obrigações acessórias, tratando-se, portanto, de informações qualificadas fora do núcleo de proteção da intimidade e da vida privada<sup>80</sup>.

Em consonância, Mary Elbe Queiroz defende que não há qualquer sigilo de natureza financeira/fiscal oponível à autoridade fazendária. Isso porque as informações financeiras e bancárias, sejam elas referentes a uma pessoa física ou

---

<sup>79</sup> Ob. Cit. Idem.

<sup>80</sup> DINIZ DE SANTI, Eurico Marcos. **Os sigilo e a Lei Tributária: Transparência, controle da legalidade, direito à prova e a transferência do sigilo bancário na LC**. In. A Prova no Processo Tributário. São Paulo: Dialética. 2010. p. 183-249.

pessoa jurídica, já seriam de prévio conhecimento do fisco, diante do grande número de declarações entregues às autoridades no curso do exercício financeiro, tais como a Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda da Pessoa Física (“DIRPF”); Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (“DIRPJ”); Declaração de Informações sobre Movimentação Financeira (“DIMOF”); Declaração sobre Operações Imobiliárias (“DOI”), entre outras. Nesse sentido, cite-se Eusebio Gonzalez e Ernesto Lejeune em sua obra “*Derecho tributario*”<sup>81</sup>:

lo que generalmente se discute no es la procedência o improcedência del requerimiento de información, sino la forma de llevarlo a cabo.

Pelo exposto, pode-se afirmar que a parte da doutrina que entende pela constitucionalidade da LC nº 105/2001 é também fundada no argumento de que o Fisco já teria acesso às informações bancárias de toda e qualquer pessoa com domicílio tributário em solo brasileiro, pelo que, de forma alguma, haveria “quebra” do sigilo bancário ou, de outra banda, se estaria a relativizar qualquer um dos direitos fundamentais.

“Não se trata, assim de aviltar, amesquinhar ou “relativizar” os sagrados direitos fundamentais, tão caramente conquistados, mas sim conhecer o real alcance de tais princípios. Com certeza, não pode ser considerada invasão de privacidade ou intimidade o Fisco requisitar dados que já tem ou que deveriam ter sido fornecidos pelo próprio contribuinte, em cumprimento ao dever de prestar declarações (obrigação acessória ou dever instrumental – art. 113, § 2º, do CTN). (...) A necessidade de as autoridades fiscais conhecerem antecipadamente as movimentações financeiras e bancárias decorre do fato de que a prova ou os indícios da prática de ilícitos só aparecem, muita vez, exatamente após o confronto entre as declarações apresentadas para o Fisco ou, na ausência delas, e as informações registradas nas instituições financeiras.”<sup>82</sup>:

Um dos argumentos que foi sustentado pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional no julgamento conjunto no julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 2359, 2390 e 2397 e do Recurso Extraordinário nº 601.314, foi o de que eventual declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos

---

<sup>81</sup> GONZÁLEZ, Eusebio e, LEJEUNE, Ernesto. **Derecho Tributario I**. 2ª Ed., Salamanca: Plaza Universitaria Ediciones. 2000, p. 222.

<sup>82</sup> GOMES QUEIROZ, Mary Elbe. **A inexistência de sigilo bancário para o Fisco**. Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. São Paulo: MP Ed., 2005, p. 323–325.

da LC nº 105/2001, poderia ocasionar reflexos na seara internacional, principalmente em razão do posicionamento que o Brasil tem adotado no G-20 e perante a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

A OCDE é uma organização internacional e intergovernamental com sede em Paris, na França. A referida organização é composta pelos países mais industrializados da economia mundial. Os representantes dos Estados membros reúnem-se periodicamente a fim de trocar informações, bem como estabelecer políticas comuns, visando maximizar seu desenvolvimento e crescimento econômico<sup>83</sup>.

Ao definir os modelos propostos pela Organização, o Professor Dr. Luís Eduardo Schoueri<sup>84</sup> leciona que *“a OCDE tem elaborado modelos de convenção destinados a evitar dupla tributação, que são recomendações, convenções-tipo que traçam modelos que as partes que celebram tratados bilaterais fiscais devem seguir”*.

Conforme o professor Alberto Xavier<sup>85</sup>, uma inovação de extrema importância envolvendo a questão do segredo bancário e profissional foi introduzida pelo novo parágrafo 5º do art. 26<sup>8687</sup> da Convenção Modelo da OCDE (Convenção). Da leitura

<sup>83</sup> Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=2531>>. Acesso em 22.05.2016.

<sup>84</sup> Disponível em: <[https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjJvfrd47MAhUMmJAKHXi3CplQFggnMAE&url=http%3A%2F%2Fmoodle.stoa.usp.br%2Fmod%2Fresource%2Fview.php%3Fid%3D41900&usg=AFQjCNFI7ibcmG8cLeOrLYsJh5pF-T1XpA&sig2=h\\_L8n6hXk5vKiFSK3ZDPzw](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjJvfrd47MAhUMmJAKHXi3CplQFggnMAE&url=http%3A%2F%2Fmoodle.stoa.usp.br%2Fmod%2Fresource%2Fview.php%3Fid%3D41900&usg=AFQjCNFI7ibcmG8cLeOrLYsJh5pF-T1XpA&sig2=h_L8n6hXk5vKiFSK3ZDPzw)>. Acesso em 22.05.2016

<sup>85</sup> Alberto. **Troca internacional de informações: as Novas Tendências**. Grandes Questões Atuais do Direito Tributário. 13º vol. São Paulo: Dialética. 2009.

<sup>86</sup> “Article 26 EXCHANGE OF INFORMATION 1. The competent authorities of the Contracting States shall exchange such information as is foreseeably relevant for carrying out the provisions of this Convention or to the administration or enforcement of the domestic laws concerning taxes of every kind and description imposed on behalf of the Contracting States, or of their political subdivisions or local authorities, insofar as the taxation thereunder is not contrary to the Convention. The exchange of information is not restricted by Articles 1 and 2. 2. Any information received under paragraph 1 by a Contracting State shall be treated as secret in the same manner as information obtained under the domestic laws of that State and shall be disclosed only to persons or authorities (including courts and administrative bodies) concerned with the assessment or collection of, the enforcement or prosecution in respect of, the determination of appeals in relation to the taxes referred to in paragraph 1, or the oversight of the above. Such persons or authorities shall use the information only for such purposes. They may disclose the information in public court proceedings or in judicial decisions. Notwithstanding the foregoing, information received by a Contracting State may be used for other purposes when such information may be used for such other purposes under the laws of both States and the competent

do mencionado dispositivo depreende-se que o Estado Membro, quando acionado por outro Estado que aderiu aos termos da Convenção, não poderá alegar incompatibilidade da transferência de informações bancárias (sigilo bancário), previsto em sua legislação interna, para negar atendimento à solicitação de informação do outro Estado.

Ainda em consonância com o ensinamento pelo Professor Alberto Xavier, estaríamos diante de hipótese de *“inoponibilidade de leis internas consagradoras do sigilo em matéria fiscal nas relações com Estado estrangeiro ao abrigo de tratado internacional(...) Abrange por parte dos bancos e demais instituições financeiras, informações financeiras, contábeis e transacionais relevantes, incluindo as relativas à identidade do cliente e às partes das operações financeiras, que devem ser do*

---

authority of the supplying State authorises such use. 3. In no case shall the provisions of paragraphs 1 and 2 be construed so as to impose on a Contracting State the obligation: a) to carry out administrative measures at variance with the laws and administrative practice of that or of the other Contracting State; b) to supply information which is not obtainable under the laws or in the normal course of the administration of that or of the other Contracting State; c) to supply information which would disclose any trade, business, industrial, commercial or professional secret or trade process, or information the disclosure of which would be contrary to public policy (ordre public). 4. If information is requested by a Contracting State in accordance with this Article, the other Contracting State shall use its information gathering measures to obtain the requested information, even though that other State may not need such information for its own tax purposes. The obligation contained in the preceding sentence is subject to the limitations of paragraph 3 but in no case shall such limitations be construed to permit a Contracting State to decline to supply information solely because it has no domestic interest in such information. 2 5. In no case shall the provisions of paragraph 3 be construed to permit a Contracting State to decline to supply information solely because the information is held by a bank, other financial institution, nominee or person acting in an agency or a fiduciary capacity or because it relates to ownership interests in a person.”. Disponível em <[https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/120718\\_Article%2026-ENG\\_no%20cover%20\(2\).pdf](https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/120718_Article%2026-ENG_no%20cover%20(2).pdf)>. Acesso em 22.05.2016.

<sup>87</sup> Paragraph 5 – 19.10 Paragraph 1 imposes a positive obligation on a Contracting State to exchange all types of information. Paragraph 5 is intended to ensure that the limitations of paragraph 3 cannot be used to prevent the exchange of information held by banks, other financial institutions, nominees, agents and fiduciaries as well as ownership information. Whilst paragraph 5, which was added in 2005, represents a change in the structure of the Article, it should not be interpreted as suggesting that the previous version of the Article did not authorise the exchange of such information. The vast majority of OECD member countries already exchanged such information under the previous version of the Article and the addition of paragraph 5 merely reflects current practice. 19.11 Paragraph 5 stipulates that a Contracting State shall not decline to supply information to a treaty partner solely because the information is held by a bank or other financial institution. Thus, paragraph 5 overrides paragraph 3 to the extent that paragraph 3 would otherwise permit a requested Contracting State to decline to supply information on grounds of bank secrecy. The addition of this paragraph to the Article reflects the international trend in this area as reflected in the Model Agreement on Exchange of Information on Tax Matters<sup>9</sup> and as described in the report "Improving Access to Bank Information for Tax Purposes".<sup>10</sup> In accordance with that report, access to information held by banks or other financial institutions may be by direct means or indirectly through a judicial or administrative process. The procedure for indirect access should not be so burdensome and time-consuming as to act as an impediment to access to bank information. Disponível em: <[https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/120718\\_Article%2026-ENG\\_no%20cover%20\(2\).pdf](https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/120718_Article%2026-ENG_no%20cover%20(2).pdf)>. Acesso em 22.05.2016.

*conhecimento daquelas instituições, abrigo das regras do know your customer*<sup>88</sup>. O Brasil, que recentemente retirou as reservas que possuía em relação ao parágrafo 5º da Convenção, tem buscado adotar esta cláusula de troca de informações em todos os seus tratados, cuja redação tem evoluído ao longo dos anos.

É ressaltado ainda que em se tratando de pessoas físicas, a transferência de informações às autoridades fiscais deve ser limitada ao volume de recursos movimentado em contas administradas pelas instituições financeiras; restrição esta inexistente quando os dados requisitados pela RFB e transferidos pelas referidas instituições envolverem pessoas jurídicas.

### **3.2.3. Jurisprudência Judicial**

Apesar da farta jurisprudência no âmbito dos Tribunais Superiores sobre o assunto em tela, serão ressaltados os julgados considerados mais importantes para a compreensão da controvérsia. Para a escolha destes precedentes, foram levados em consideração a sua repercussão na doutrina e jurisprudência, bem como a evocação pelos Ministros do STF quando do julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.ºs 2359, 2386, 2390 e 2397, e do Recurso Extraordinário n.º 601.314/SP.

Em dezembro de 2010, a questão envolvendo o sigilo bancário foi analisada pelo Plenário do Supremo quando do julgamento do RE n.º 389.808<sup>89</sup>, no qual, por maioria de votos (cinco votos a quatro), foi afastada a possibilidade de acesso aos dados bancários do contribuinte pela RFB sem prévia autorização judicial. O Ministro Marco Aurélio, relator do referido recurso extraordinário, assentou a necessidade de

---

<sup>88</sup> Ob. Cit. p.19.

<sup>89</sup> SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+389808%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+389808%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b6l57m3>>. Acesso em 06.06.2016.

se proteger “*a privacidade do cidadão, irmã gêmea da dignidade a ele assegurada mediante princípios explícitos e implícitos*”.

Naquela oportunidade, a questão da reserva de jurisdição foi seguida pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cezar Peluso. Em divergência votaram os Ministros Ayres Britto, Dias Toffoli, Carmen Lúcia e Ellen Gracie, por entenderem ser cabível o acesso aos dados bancários pela RFB independentemente de prévia autorização judicial.

Afim de demonstrar a complexidade do tema e a controvérsia travada inclusive no âmbito do STF, cumpre chamar a atenção para o fato de que o contribuinte que interpôs o RE nº 389.808/PR, ao mesmo tempo, propôs a Ação Cautelar nº 33/PR (AC 33), requerendo que fosse atribuído efeito suspensivo ativo ao referido apelo extraordinário.

A liminar foi deferida pelo relator Ministro Marco Aurélio. Ocorre que, um mês antes do julgamento do mérito do RE nº 389.808, o colegiado, veio a apreciar o mérito da AC 33, negando-lhe referendo, cassando a liminar concedida e entendendo, portanto, que as autoridades tributárias teriam sim prerrogativa para requerer dados bancários às instituições financeiras independentemente de autorização judicial. No julgamento de mérito da AC 33 votaram nesse sentido os Ministros Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Ellen Gracie, restando vencidos os ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Cezar Peluso.

Um mês após o julgamento da AC 33, na conclusão do julgamento do mérito do RE nº 389.808/PR, o Ministro Gilmar Mendes alterou seu entendimento e o Ministro Joaquim Barbosa não participou da sessão, o que resultou na procedência do recurso e inversão do resultado anteriormente favorável ao Fisco.

Essas nuances com relação à composição de julgadores e mudança de posicionamento é interessante porque, ao observar-se com cautela, percebe-se que caso o Ministro Joaquim Barbosa estivesse presente e mantivesse o posicionamento

adotado no julgamento de mérito da AC 33, o resultado da votação teria sido cinco a cinco, ainda com a mudança de voto do ministro Gilmar Mendes.

Conforme rememorado por André Rocha Nardelli e Márcio Henrique Sales Parada<sup>90</sup>, quando o julgamento estava empatado em três a três a Ministra Carmen Lúcia pediu vista dos autos, por entender que o Tribunal não poderia decidir assuntos de mesma espécie de forma absolutamente contrária somente em razão da presença ou ausência de um dos Ministros.

Já no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a matéria relativa ao acesso e à utilização de informações bancárias por parte das autoridades fiscais, sem prévia decisão judicial, foi pacificada, em sede de recurso repetitivo, quando do julgamento do REsp nº 1.134.665/SP, de relatoria do então Ministro do STJ Luiz Fux.

No julgamento do apelo especial, a Primeira Seção do Tribunal Superior considerou legítima a quebra do sigilo bancário, sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário, visto que tal ato encontrava respaldo, dentre outros dispositivos, na LC nº 105/2001.

No que diz respeito aos entendimentos dos Tribunais Regionais Federais (TRFs) ainda percebia-se certa oscilação de posicionamentos, sendo que tais divergências não deverão mais existir em razão da mais recente manifestação do STF em controle concentrado de constitucionalidade. Este é exatamente o caso do TRF da 1ª Região, no qual são encontrados precedentes ora encampando a tese fazendária, ora dando provimento a apelos do contribuinte.

No âmbito do TRF da 2ª Região, tinha-se como paradigma do Tribunal o julgamento do Plenário, em 03.10.2013, o qual rejeitou a Arguição de Inconstitucionalidade nº 2013.02.01.003952-3, relativa ao artigo 6º da LC nº

---

<sup>90</sup> NARDELLI, André Rocha; SALLES PARADA, Márcio Henrique. **A possibilidade de transferência de informações bancárias sigilosas para o fisco sem prévia autorização judicial**. Revista de Estudos Tributários e Aduaneiros. Ano I, nº01. Brasília. On line. p. 383-384. Disponível em: <<http://www.revistadareceitafederal.receita.fazenda.gov.br/index.php/revistadareceitafederal>>. Acesso em 06.06.2016.

105/2001. Naquela oportunidade, prevaleceu o argumento fazendário de que o dispositivo impugnado não trata de quebra de sigilo, mas de transferência de informações e da manutenção de sigilo pelas autoridades fiscais (sob a égide do sigilo fiscal).

Já a 2ª Seção do TRF da 3ª Região, se manifestou reiteradas vezes pela inconstitucionalidade do art. 6º da LC nº 105/2001, por entender necessária a autorização judicial para requisição de dados bancários pelo Fisco<sup>91</sup>. As decisões mais recentes da referida Seção de Julgamento vinham sendo fundamentadas no entendimento do STF proferido nos autos do RE nº 389.808/PR que, como dito, adotou a tese do contribuinte e firmou que o acesso às informações bancárias pelas autoridades fiscais deveria obedecer a reserva de jurisdição.

O TRF da 4ª Região, no mesmo sentido e linha de argumentação do TRF-2, manifestou-se pela constitucionalidade do art. 6º da LC nº 105/2001 quando do julgamento do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 2005.72.01.000181-9/SC.

O TRF da 5ª Região também demonstrava divergências de posicionamento. Percebe-se que alguns julgados alinham-se ao entendimento do STJ, afirmando ser possível ao Fisco ter acesso às informações bancárias do contribuinte sem prévia autorização judicial, mas há, também, decisões do Pleno daquele Tribunal contrárias a essa possibilidade<sup>92</sup>, tendo essas decisões, apesar do efeito *inter-partes* da manifestação do STF, se fundado no entendimento da maioria dos Ministros da Corte quando do julgamento do RE nº 389.808/PR.

#### **3.2.4. Jurisprudência administrativa**

No âmbito administrativo merecem atenção os entendimentos esposados no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), órgão colegiado e paritário do Ministério da Fazenda que julga, em grau de recurso, processos administrativos fiscais, no qual a maioria esmagadora das decisões são no sentido de se considerar

---

<sup>91</sup> Vide Acórdão dos Embargos Infringentes nº0021124-43.2006.4.03.6100/SP. Disponível em:

<sup>92</sup> Vide Acórdão dos Embargos Infringentes nº 551.953/PE. Disponível em:<

legítimo o acesso do Fisco a dados bancários do contribuinte, recebidos diretamente das instituições financeiras<sup>93</sup>.

Cumprе salientar que por força do disposto no art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 1972, de 6 de março de 1972, o CARF não tem competência para se manifestar acerca da (in)constitucionalidade de normas e dispositivos da legislação tributária, pelo que a controvérsia sobre a constitucionalidade do art. 6º da LC nº 105/2001, não é enfrentada em sede de recurso administrativo.

A partir de meados de 2012, considerando que o próprio STF passou a sobrestar recursos que de algum modo envolviam o acesso direto a dados bancários pelas autoridades tributárias, o CARF passou, do mesmo modo, a entender também pelo sobrestamento, ante a repercussão geral e a relevância do tema, bem como as oscilações jurisprudenciais. Vejamos os esclarecimentos no Voto do Conselheiro Relator, na Resolução nº 2202-000.278, em 14 de agosto de 2012:

Com a revogação dos parágrafos 1º e 2º do art. 62-A do Regimento Interno do CARF vigente à época, novamente os recursos que versavam sobre o sigilo bancário voltaram ser pautados para julgamento, sendo que a decisão proferida nos autos do RE nº 389.808/PR tornou-se paradigma pelos que então sustentavam a impossibilidade de acesso às informações financeiras pelo Fisco sem prévia autorização judicial.

A tese, ainda que tenha encontrado alguns Conselheiros a ela simpáticos, sendo sustentado o STF, ao apreciar a questão, não declarou a inconstitucionalidade de qualquer dispositivo, tampouco determinou qualquer redução de texto; adotando uma interpretação conforme a CRFB/88 no sentido de conciliar a necessidade do Fisco em ter acesso a dados sigilosos para o melhor exercício de suas atividades ao mesmo passo que se preserva e o sigilo de dados

---

<sup>93</sup> Nesse sentido: Veja-se, à guisa de exemplo, os Acórdãos CARF nº 9202-002.043, de 22/3/2012; nº 2101-001.472, de 8/2/2012; nº 2801-001.443, de 16/3/2011 e Acórdão CC nº 104-21747, de 27/7/2006, Acórdão nº 2801-003.555 dentre muitos outros.

do contribuinte e se resguarda a inafastabilidade da jurisdição em matérias sensíveis à violação de direitos individuais, não prevaleceu<sup>94</sup>.

---

<sup>94</sup> QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. PREVISÃO NA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001.A Lei Complementar nº 105/2001 permite a quebra do sigilo por parte das autoridades e dos agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.ATO ADMINISTRATIVO - NULIDADE - DECRETO Nº 70.235/72 - PRETERIÇÃO AO DIREITO DE DEFESA.Conforme o art. 59, II, do Decreto nº 70.235/72, 70.235/72, devem ser anulados os atos que importem em preterição do direito de defesa. Não havendo prejuízo ao direito de defesa do contribuinte, é sanável o possível vício formal do ato administrativo.OMISSÃO DE RENDIMENTOS – PRESUNÇÃO.Conforme art. 42 da Lei nº 9.430/96, será presumida a omissão de rendimentos toda a vez que o contribuinte, titular da conta bancária, após regular intimação, não comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos valores creditados em suas contas de depósito ou de investimento.DISPONIBILIDADE FINANCEIRA - OMISSÃO DE RENDIMENTOS -ORIGEM DOS CRÉDITOS - COMPROVAÇÃO - NECESSIDADE - ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO - VARIAÇÃO PATRIMONIAL.A autuação por omissão de rendimentos com base em depósitos bancários pode ser afastada através da comprovação da origem dos créditos efetuados em conta bancária. A disponibilidade financeira aponta para a existência de recursos em caixa, não indica a origem de depósitos glosados, já o acréscimo patrimonial a descoberto ocorre quando rendimentos ou recursos declarados não são suficientes para justificar a variação patrimonial, sendo aceitável para o seu afastamento a existência de disponibilidade financeira.TAXA SELIC - APLICABILIDADE - SÚMULA CARF Nº 4.A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.Recurso Voluntário não provido. (Voto vencido do Acórdão nº 2202-002.618, de 14 de abril de 2014, proferido nos autos do Processo Administrativo fiscal nº 10580.721205/2007-87; Cons. Relator: RAFAEL PANDOLFO.)

#### **4. O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A ONOPONIBILIDADE DE SIGILO BANCÁRIO AO FISCO**

Em fevereiro de 2016 o STF julgou, em sede de Repercussão Geral, o Recurso Extraordinário nº 601.314, em conjunto com as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 2359, 2390 e 2397. Todas ações questionavam a constitucionalidade da LC nº 105/2001, em especial os arts. 5º e 6º.

Após três sessões de julgamento (realizadas em 17.02.2016, 18.02.2016 e 24.02.2016), que totalizaram mais de oito horas de debate entre relatórios, sustentações orais e colheita de votos, o Pleno do STF entendeu, por maioria de votos, restando vencidos os Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio, que os dispositivos impugnados da LC nº 105/2001 não padecem de vício de inconstitucionalidade.

Passa-se agora ao estudo detalhado deste recente julgamento, o qual passará a fundamentar os pedidos realizados pela Fazenda Pública às instituições financeiras com relação às informações bancárias dos contribuintes.

##### **4.1. RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 601.314**

O Recurso Extraordinário nº 601.314 (RE) foi interposto por Marcio Holcman (RECORRENTE) em face de Acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF-3), nos autos da Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 303087 (“AMS”).

Na origem, o RECORRENTE impetrou Mandado de Segurança com objetivo de ver declarada a não obrigatoriedade de apresentação de extratos bancários mensais, referentes a contas correntes, aplicações financeiras, entre outras fontes de renda mantidas em instituições bancárias à RFB, sendo, ainda, concedida a segurança para que as instituições financeiras fossem notificadas a não fornecerem tais informações à RFB diante de suposta ilegalidade do pedido, que dependeria, segundo o RECORRENTE, de autorização judicial. Tal documentação foi solicitada

pela RFB com fulcro na permissão contida no art. 6º da LC nº 105/2001, regulamentado pelo Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001 (DECRETO).

O pedido foi julgado parcialmente procedente em primeira instância, o que motivou a interposição de recurso por ambas as partes. No TRF-3, foi dado provimento ao recurso da Fazenda Nacional e negado provimento ao recurso do RECORRENTE.

O juízo de segunda instância entendeu não ser hipótese de transferência abusiva de informações, mas sim uma questão de impedir ou não o conhecimento dos dados, relativizando a leitura do disposto no inciso XII da CRFB/88. Consignou-se que as garantias individuais previstas no artigo 5º da Carta Magna não possuiriam barricadas impenetráveis, uma vez que a profundidade dos efeitos daquelas normas (direitos fundamentais do art. 5º da CRFB/88) deve ser realizada no plano constitucional de princípios e valores, no qual não pode prevalecer o direito ao sigilo de dados sob o interesse público consubstanciado na arrecadação de tributos.

Assim, tendo sido respeitados o processo legal e a legislação pátria em vigor, não haveria qualquer ofensa ao disposto no art. 5º, X, XII, XXXVI, LIV, LV, 145, §1º.

Nas palavras do próprio RECORRENTE, *“a proteção ao princípio do sigilo bancário possui sede constitucional, como um direito e garantia individual, constituindo-se, portanto, em cláusula pétrea da Carta Magna, de modo que ao se proteger o sigilo bancário está se resguardando a intimidade e a vida privada da pessoa, seja ela física ou jurídica”*. Sustentou, ainda, que tal princípio não possui caráter absoluto e, via de consequência, pode sim ser relativizado – tão somente – nos casos em que há claro indício de fraude ou qualquer outro ilícito perpetrado contra a legislação tributária; situações nas quais, observada a expressa previsão do inciso XII do art. 5º da CRFB/88, seria impreterivelmente necessária uma ordem emanada do Poder Judiciário.

Nessa linha teórica, o RECORRENTE conclui suas razões recursais postulando pela declaração de inconstitucionalidade do art. 6º da LC nº 105/2001, que, ao conceder às autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, o direito de examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, violou, dentre outros dispositivos legais, o art. 5º, X, XII da CRFB/88, considerando que o direito ao sigilo de dados pode ser relativizado somente por ordem do Poder Judiciário.

Em resposta ao apelo extraordinário, a União Federal ampara suas contrarrazões, especialmente, no poder-dever indeclinável de fiscalização da administração tributária, oriundo do art. 145, §1º da CFRB/88. De acordo com a tese do Fisco, a interpretação sistemática da legislação elucida o entendimento de que a restrição ao acesso de informações bancárias não seria a ele oponível, invocando a supremacia do interesse público.

#### 4.2. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2386

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2386 (ADI 2386) foi proposta pela Confederação Nacional do Comércio (CNC), com pedido liminar, visando suspender a eficácia das disposições contidas nos arts. 5º e 6º da LC 105/2001.

Segundo a CNC, os dispositivos impugnados violariam frontalmente o art. 5º, X, da CRFB/88, vez que tais dispositivos extinguiriam a privacidade financeira dos contribuintes. Este direito, ainda que não se tratasse de um direito absoluto, deveria ser analisado em consonância ao princípio da razoabilidade, sendo permitida sua flexibilização somente em situações extraordinárias, após controle judicial de legalidade.

Isso haveria sido completamente desconsiderado pela redação dos artigos impugnados através da ADI, pois diante do automático e contínuo estado de fiscalização das movimentações bancárias dos contribuintes, a LC nº 105/2001 teria se sobreposto aos ditames constitucionais e submetido os cidadãos ao arbítrio fiscalizatório estatal (sendo, portanto, olvidado o princípio da razoabilidade).

### 4.3. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2359

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2359 (ADI 2359) foi proposta pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), com pedido de concessão de medida cautelar, na qual se buscou a declaração e inconstitucionalidade, com redução de texto, do art. 5º, *caput* e §§, da LC nº 105 e, integralmente, do Decreto nº 4.489, de 28 de novembro de 2002, e do Decreto nº 4.545, de 26 de dezembro de 2002, em face do art. 2º, do art. 5º, *caput*, incisos, II, X, XII, LIV, LVI, do art. 48, inciso XII, do artigo 84, inciso IV, do art.192, *caput*, todos da CRFB/88.

O PTB, após longa digressão sobre a abusividade e supostos reflexos negativos dos dispositivos impugnados, expõe os fatores que levariam à declaração de inconstitucionalidade dos referidos artigos, quais sejam: (i) o art. 5º, *caput*, da LC importaria em delegação de poder legiferante ao Poder Executivo, em completa desatenção aos termos do art. 48, XIII da CRFB/88, que, de acordo com a inteligência do art. 192, *caput*, devem ser normatizados por meio de lei complementar; (ii) a regra do art. 5º, *caput*, da LC, implicaria em ofensa e violação dos direitos e garantias individuais previstos pelo art. 5º, *caput*, incisos II, X, XII, LIV, LV, LVI, da CRFB/88, ao passo que o referido dispositivo constitui “grave e irreparável invasão à dimensão econômico-financeira” da vida privada do contribuinte; (iii) violação do art. 2º e 84, IV da CRFB/88 e o art. 25, *caput*, inciso I, do ADCT, pela estipulação de subdelegação de ação normativa a órgãos integrantes do Poder Executivo pelo Decreto nº 4.489, de 28 de novembro de 2002, e Decreto nº 4.545, de 26 de dezembro de 2002: o fato dos referidos atos do Executivo delegarem ação normativa à Secretaria da Receita Federal demonstraria um vicioso círculo de inconstitucionalidades, pois, no presente caso, a competência seria indelegável (art. 84, IV, parágrafo único, CRFB/88), e, ainda, à luz do princípio da tripartição dos poderes (art. 2º, CRFB/88), os órgãos do Poder Executivo estariam impedidos de procederem com o exercício deste tipo de ato (art. 25, I, ADCT).

#### 4.4. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2390

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2390 (ADI 2390) foi proposta pelo Partido Social Liberal (PSL), com pedido de concessão de medida cautelar, na qual se buscou a declaração de inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos: §4º do art. 1º, art. 5º e 6º, todos da LC nº 105, bem como do Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001 (DECRETO), o qual regulamentou o art. 6º da referida Lei Complementar.

Em uma digressão que colaciona jurisprudência até então consolidada do STF, cujas decisões datam desde o ano de 1998 (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 23.002/RJ, cujo acórdão foi publicado na edição do Diário Oficial de 27.11.1998<sup>95</sup>), o PSL alega a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados com base no significado do sigilo bancário construído pela doutrina pátria e balizado pela jurisprudência.

Importante registrar o pedido subsidiário feito na ADI 2390 que a difere das demais: nessa ação direta é requerido que, no caso de se julgar pela constitucionalidade dos dispositivos impugnados, requereu-se que fosse determinada sua leitura e interpretação à luz da CRFB/88, para que o sigilo bancário somente pudesse ser quebrado diante de ordem emanada do Poder Judiciário.

#### 4.5. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2397

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2397 (ADI 2397) foi proposta pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), com pedido liminar, na qual se buscou a declaração de inconstitucionalidade de diversos dispositivos das Leis Complementares nºs 104 e 105, ambas de 10 de janeiro de 2001, bem como do Decreto nº 3.724, também de 10 de janeiro de 2001 (DECRETO), o qual regulamentou o art. 6º da referida LC nº 105/2001.

---

95

Disponível

em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1689707>>. Acesso em 24.05.2016.

Inicialmente, é interessante verificar que a CNI requereu a reunião à ADI 2397 das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 2386 e 2390, as quais, embora atacassem dispositivos parcialmente coincidentes da LC nº 105/2001, encontravam-se sobre relatorias distintas (ADI nº 2397, Ministro Moreira Alves, e ADIs nºs 2386 e 2390, Ministro Sepúlveda Pertence, sendo estas últimas propostas, respectivamente, pela Confederação Nacional do Comércio e pelo Partido Social Liberal). Ao justificar tal pedido, a CNI sustentou que a ADI 2397 teria objeto “*bem mais amplo*” do que as demais, pois além dos arts. 1º, §§ 4º, 5º e 6º da LC nº 105/2001 e a integralidade do DECRETO, vários outros dispositivos foram impugnados.

O pedido foi deferido e as três ADIs passaram à relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence.

Conforme a CNI, a previsão do art. 5º da LC nº 105/2001 garantiria à Administração Pública violação geral, rotineira e ininterrupta do direito à privacidade, pois o referido dispositivo legal deixa claro que, desde de sua vigência, há permissão para a Fazenda Nacional, de maneira contínua, quebrar o sigilo de dados bancários do contribuinte sem qualquer justificativa, suspeita ou indício de ato praticado contra a lei, em uma total subversão de valores.

Pela forma como bem demonstra o ponto nodal da tese de argumentação da CNI (que se assemelha àquela edificada nas ADIs 2386 e 2390), transcreve-se trecho da peça exordial<sup>96</sup>:

“Seria o mesmo que dar à regra constitucional da Inviolabilidade da casa dos indivíduos a seguinte interpretação: adentra-se de logo nas residências instalando câmeras para monitoramento permanente da vida dos indivíduos, e depois, eventualmente, se detecta indício de atuação ilícita de algum ou alguns deles, situação que, ninguém discute, consagraria verdadeiro absurdo.”

---

<sup>96</sup> Trecho extraído da petição inicial da ADI 2397. p.12. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=1899968>>. Acesso em 24.05.2016.

A tese da CNI cita, ainda, que seria pacífico, tanto na doutrina como na jurisprudência, que não há direito absoluto perante o interesse público. Entretanto, temos que atentar para o fato de que interesse público não é o interesse da Fazenda Pública. Assim, se tal direito fazendário fosse admitido, se estaria a cancelar o enfraquecimento das garantias constitucionais que foram ali postas pelo legislador originário justamente para proteger a liberdade do indivíduo contra eventuais arbítrios do Estado. Nessa linha de entendimento, jamais se poderia dispensar que a autoridade fazendária apresentasse suas razões ao Poder Judiciário para análise do pedido de quebra de sigilo, sendo que tal requerimento deveria ser sempre motivado, fundamentado e haver provas sobre a necessidade de obter esse tipo de informação.

A CNI afirma que a melhor exegese do art. 5º, XII, da CRFB/88 dispõe sobre dois casos de inviolabilidade: o primeiro, absolutamente inviolável, que é o sigilo de correspondências e comunicações telegráficas; o segundo que abrange o sigilo de dados, no qual estaria incluso o sigilo bancário, sendo sua inviolabilidade relativa, pois, diante de ordem emanada (exclusivamente) pelo Poder Judiciário, poderá haver sua relativização.

Nesse sentido, é salientado pela CNI o posicionamento do Ministro Celso de Mello nos autos do Mandado de Segurança nº 21.729-4/DF:

“(...) a inviolabilidade do sigilo de dados, tal como proclamada pela Carta Política em seu art. 5º, XII, torna essencial que as exceções derogatórias à prevalência desse postulado só possam emanar de órgãos estatais – os órgãos do Poder Judiciário – aos quais a própria constituição Federal outorgou essa especial prerrogativa de ordem jurídica.”

Destaca, ainda, para fins de afastar o argumento fazendário de poder-dever de fiscalização insculpido no art. 145, §1º, da CRFB/88, o posicionamento do Ministro Luís Roberto Barroso<sup>97</sup>:

“Em suma, nem mesmo a lei poderá invadir o espaço de reserva de direitos individuais aqui explicitados. A determinação desses limites e o efetivo respeito a ele é uma questão recorrente no direito constitucional. A Regra é

---

<sup>97</sup> BARROSO, Luis Roberto. RDA 220. p. 330-339

clara: mesmo o interesse público – quando inequivocamente existente – deve reverência aos direitos individuais básicos. E isto porque o arbítrio, em qualquer de suas expressões – da tortura física à voracidade fiscal – sempre se veste de interesse público.”

Desse modo, a CNI ratificou seu argumento de que a permanência dos dispositivos impugnados em nosso cenário jurídico demonstra que se estaria a priorizar a supremacia do Estado-pessoa e não do interesse público propriamente dito, criando privilégios aos agentes da Administração Pública.

Também são sustentadas violações ao devido processo legal e ao princípio da proporcionalidade (amparado na teoria alemã da tríplice caracterização: conformidade e adequação dos meios; (ii) princípio da necessidade ou exigibilidade, e (iii) proporcionalidade no sentido restrito, pelo qual o Tribunal deveria sopesar os benefícios do Poder Público em contrapartida com eventuais ônus a garantias fundamentais).

Ademais, ainda que não conste do capítulo “*DO PEDIDO*” na peça exordial da ADI 2397, no caso decisão final pela constitucionalidade do *caput* do art. 6º da LC nº 105/2001, a CNI propôs, subsidiariamente, que fosse declarada apenas sua inconstitucionalidade parcial, com a redução do texto (palavra *administrativa*) e dando o entendimento de que a palavra *autoridade*, como sendo, impreterivelmente, a autoridade judicial.

#### 4.6. AS RAZÕES ORAIS SUSTENTADAS PERANTE O STF

##### 4.6.1. Dr. Ricardo Lacaz Martins, pelo recorrente do RE nº 601.314

Seriam duas as questões de inconstitucionalidade da LC nº 105/2001: (i) a quebra de sigilo de dados sem autorização do judiciário, e (ii) a violação da intimidade, da vida privada e do sigilo de dados, em contradição ao art. 5, X e XII, da CRFB/88. Ademais, a inconstitucionalidade da LC nº 105/2001 não seria tema novo na Corte, já que a matéria foi debatida pelo Plenário do STF nos autos do RE nº 389.808, de relatoria do ministro Marco Aurélio. Naquele RE, o Plenário entendeu

que haveria violação dos dispositivos constitucionais mencionados (art. 5º, X e XII da CRFB/88).

No que pese já haver discussão no âmbito do STF, sustentou-se que ao menos três aspectos mereceriam ser destacados: (i) a CRFB/88, diferente das anteriores, garantiu expressamente o direito ao sigilo de dados do contribuinte. Assim, se todos os dados ficassem à disposição da Administração Pública, seria certo que os contribuintes seriam colocados em situação de fiscalização contínua, o que já ocorreria em 2016 com a instituição da e-financeira. Essa fiscalização contínua faria chegar às mãos das autoridades até mesmo transações bancárias “irrelevantes”; (ii) sendo a LC nº 105/2001 uma Lei de vigência nacional, que por certo produz efeitos em toda a Administração Pública, concedeu direito de quebra de sigilo bancário não apenas a RFB, mas a todos os agentes da União, dos 26 Estados e mais de 5.500 municípios da nação, ocorrendo uma verdadeira banalização das informações dos contribuintes; e (iii) a solicitação prévia de acesso ao Judiciário não seria uma garantia apenas do contribuinte, mas também da Fazenda Pública, vez que, se respeitada, seria muito improvável o ajuizamento de ações de indenização ou questionamento do contribuinte acerca do abuso das autoridades administrativas.

O que se estaria pleiteando não seria o reconhecimento do caráter absoluto do direito ao sigilo de dados, mas que seu acesso pudesse ser descortinado apenas por ordem do Poder Judiciário (em respeito ao princípio da proporcionalidade, onde a medida, além de adequada, tem de ser necessária), por se tratar de uma questão extremamente suscetível a abusos.

No caso, a medida poderia até ser considerada adequada, mas de modo algum necessária. Isso porque a questão da necessidade deveria ser apreciada pelo Poder Judiciário. A prévia autorização da quebra por este Poder resguardaria de forma mais cautelosa o direito em questão, pois o apenas o judiciário, pelo seu caráter imparcial e equidistante, poderia decidir se a abertura dos dados bancários é extremamente necessária para determinado processo fiscalizatório.

Embora menos célere, estar-se-ia, desse modo, se preservando a reserva de jurisdição, que é o preço a ser pago para o bom funcionamento do Estado Democrático de Direito. Tal decisão, se tomada pela própria administração Pública, além de suposta parcialidade, seria proferida por parte diretamente interessada no acesso, o que seria contra a reserva de jurisdição e o Estado Democrático de Direito.

#### **4.6.2. Dr. Wladimir Reale, pelo PSL nos autos da ADI 2390**

Para melhor entendimento, seria necessário realizar um esforço histórico da jurisprudência da Corte, iniciando pelo emblemático Mandado de Segurança nº 21.729, no qual o Ministro Mauricio Correa fez uma pesquisa substancial, considerando a jurisprudência consolidada do STF nos autos do Mandado de Segurança nº 1.047/SP. Em tal pesquisa, que envolveu mais de 50 processos, sempre restou assentado pela Corte Suprema que seria necessária a ordem judicial para que as informações dos contribuintes fossem abertas às autoridades fiscais.

#### **4.6.3. Dr. Sergio Campinho, pela CNI nos autos da ADI nº 2397**

Ao se proceder com uma leitura atenta de alguns dos dispositivos legais da LC nº 105/2001 (especialmente o art. 5º, *caput* e seu §4º), seria possível constatar que haveria uma quebra automática e permanente do sigilo bancário do contribuinte (art. 5º, *caput*), sendo que, quebra-se o sigilo (ferindo um direito individual), para, então, se detectada alguma ilicitude, promover a autuação do contribuinte. (art. 5º, §4º, LC nº 105/2001).

Desse modo, se estaria realmente diante de um interesse público ou do interesse arrecadador do Estado? Ademais, quem poderia fazer a ponderação entre estes interesses (público e privado)? Certo que não o Estado administrador, mas o Estado juiz. A CRFB/88 assim agiria porque o constituinte estaria ciente do conflito entre o Estado administrador, que é dotado de interesses, e o Estado juiz, cuja imparcialidade é sua característica maior.

Ainda da leitura do texto da LC nº 105/2001, se depreenderia que a quebra do sigilo bancário dar-se-ia de modo imotivado. Desse modo, se estaria diante de uma grande inversão da ordem lógica, porque para haver a quebra teria de haver decisão judicial (reserva de jurisdição), devendo a decisão ser motivada e fundamentada. A LC nº 105/2001, em caminho inverso, permitiria a circulação de dados pela Administração Pública do País sem qualquer motivação.

O art. 145, §1º, da CRB/88, invocado por muitos dos defensores da LC nº 105/2001, sustentaria não a tese fazendária, mas a tese dos contribuintes, pois repudiaria a prática de quebra de sigilo bancário diretamente pela administração tributária.

Para a ela (administração tributária), seria permitido identificar elementos do patrimônio, rendimentos e atividade econômica do contribuinte, respeitando seus direitos individuais e fundamentais. Assim, estaríamos diante de uma cláusula de bloqueio e não de faculdade de ação.

#### **4.6.4. Dra. Luciana Miranda Moreira, Procuradora da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, pela Recorrida nos autos do RE nº 601.314**

O caso não trataria da quebra de sigilo, mas sim de transferência do dever de sigilo, vez que as informações transferidas ao Fisco são acobertadas pelo sigilo fiscal, o qual só pode ser excepcionado em hipóteses muito singulares. O que fez a LC nº 105/2001 foi conceder à autoridade tributária maiores instrumentos para verificar a ocorrência (ou não) do fato gerador sem relativizar o sigilo fiscal.

Ora, se o contribuinte tem o dever de contribuir com o Fisco, teria ele também o direito de declarar direitos discrepantes da realidade? Isso porque a norma do art. 6º da LC nº 105/2001 não visaria atingir trabalhadores assalariados ou contribuintes que recolhem imposto de renda diretamente na fonte, mas o rol de contribuintes em que a única informação que se tem é a declaração do imposto de renda.

Quanto esse “rol de contribuintes do art. 6º”, estaria o Fisco refém de suas declarações, não estando na condição de averiguar sua verdadeira capacidade contributiva, fazendo jus ao que determina o art. 145, §1º, da CRFB/88. Entendimento contrário acabaria levando ao tratamento não isonômico entre contribuintes; entre aqueles que o Fisco tem maiores condições de verificar os dados e aqueles à margem da fiscalização, que são ordinariamente os que tem maior capacidade contributiva.

A permissão da LC nº 105/2001, como consecução da atividade fiscalizadora, teria vindo resolver uma debilidade do sistema, a medida que a declaração feita pelo contribuinte não tinha como se contraposta pelo Fisco, que, além do tratamento anti-isonômico, poderia sugerir uma pratica anticoncorrencial, visto que alguns poderiam, de modo opcional, oferecer valores à tributação de acordo com a sua vontade. Nas palavras da Procuradora da PGFN: *“e sabemos que se formos depender de vontade para fazer jus as obrigações tributárias, talvez fique um pouco mais complicado”*.

Por outro lado, não haveria automaticidade na transferência de informações (à luz do art. 6º, *caput*), não sendo pertinente a afirmação de que o Fisco, ao seu próprio alvedrio, requisitaria informações. Para tanto, bastaria uma análise do procedimento da requisição de informações: (i) três auditores estariam envolvidos, havendo, assim, um crivo triplo; (ii) o primeiro auditor seria responsável: (a) pelo relatório, (b) diagnóstico, (c) enquadramento no regramento legal, (d) elaboração de lista taxativa de hipóteses em que tais documentos seriam considerados indispensáveis e, havendo submissão a estas hipóteses, faria um encaminhamento do pedido de requisição ao seus superiores diretos; (ii) o requerimento deveria ser aprovado pela chefia imediata; (iii) aprovado pelo chefe imediato, o pedido de requisição seria então submetido à apreciação do chefe da Seção da RFB (Delegado ou Inspetor Chefe da Seção). Ao final, verificada alguma discrepância, o contribuinte seria cientificado e intimado a apresentar esses dados. Somente se ele (contribuinte) entendesse por recusar, aí sim a autoridade tributária ingressaria com o pedido junto às instituições financeiras.

Quanto a reserva de jurisdição, a PGFN sustentou que a CRFB/88 não preconizaria a reserva de jurisdição do sigilo de dados, mas tão somente da a

questão envolvendo as interceptações telefônicas. No entendimento da Fazenda Nacional, obstaculizar o acesso senão com autorização do judiciário apenas significaria uma etapa a mais no processo de obtenção dos dados.

Sustentou-se ainda a existência de um movimento mundial, no sentido de que as diferentes jurisdições possam trocar informações relacionadas ao contribuinte, nunca havendo quebra de sigilo, mas transferência à autoridade de outra jurisdição, com base na men cláusula 26 do tratado da OCDE. Portanto, a declaração de inconstitucionalidade do art. 6º da LC nº 105/2001 poderia ter outros reflexos além dos que ora se vislumbrariam.

#### **4.6.5. Dra. Greice Maria Fernandes Mendonça, pela Secretaria Geral do Contencioso da Advocacia Geral da União nas ADIs**

O que na verdade se extrairia da leitura da LC nº 105/2001, é que se buscou disciplinar o sigilo das informações que, a priori, são de apenas das instituições financeira. Assim, haveria seria uma transferência à RFB dessas informações, sendo mantido o mais absoluto sigilo.

Essa transferência de sigilo não prejudicaria os cidadãos que, de boa-fé, refletem em sua declaração a exatidão de seus rendimentos. O objetivo seria intensificar a fiscalização sobre contribuintes que se acobertariam do sigilo de dados para omitir depósitos, transações, etc. A finalidade do legislador, portanto, nunca foi quebrar o sigilo, mas permitir a comunicação entre as instituições e a administração tributária, de modo a possibilitar que a RFB realmente cumpra sua missão institucional, como determinaria o art. 145, §1º, da CRFB/88.

Tampouco se poderia falar em arbitrariedade legal, vez que a finalidade da LC nº 105/2001 foi apenas permitir o cotejo entre as informações constantes das Declarações entregues à RFB e do montante global circulado pelo contribuinte, sem qualquer fim especulativo.

Além disso, a legislação regraria expressamente o escopo das informações transferidas à RFB, que consistiriam apenas no nome do contribuinte e o valor global das suas movimentações bancárias, vedada a transferência à RFB de qualquer tipo de informação relacionada à origem de recursos e/ou aplicação dos mesmos. Assim, diante de eventual incongruência de montantes, os auditores desencadeariam o processo regado na legislação. O procedimento iniciaria com a intimação do contribuinte, para que espontaneamente apresente sua movimentação financeira à RFB; no caso de recusa, o auditor as requisitaria às instituições financeiras (não antes de cientificado o contribuinte de que tal requisição será feita).

Desse modo, a LC nº 105/2001 apenas deu celeridade ao processo de fiscalização da Administração Pública, não tendo subtraído qualquer prerrogativa do Poder Judiciário.

Além disso, a condição de integrante do fórum global da transparência fiscal revelaria a disposição do Estado brasileiro em contribuir para buscar restringir e afastar a utilização do sigilo bancário para acobertar condutas ilícitas de lavagem de dinheiro, financiamento ao terrorismo, evasão fiscal e erosão tributária.

#### **4.6.6. Dr. Luis Antonio Gustavo Silva Bichara, na condição de *amicus curiae* pelo Conselho Federal da OAB**

Luis Bichara afirma que seria incontroverso o fato do compartilhamento de informações ser automático. Deste modo, cairia por terra o argumento fazendário acerca do “rigoroso procedimento para requisição de informações” diante da clareza com que a Instrução Normativa 1.571, de 02 de julho de 2015, impõe às instituições financeiras que repassem informações bancárias mensais de contribuintes que tiveram movimentação global acima do valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Sobre o argumento da União de que os dados bancários seriam utilizados para um mero cotejo com as declarações já entregues pelos contribuintes, Bichara sustentou que na DIRPF o que é informado pelo contribuinte é o saldo em sua conta; as movimentações e aplicações que ocorrem durante todo o ano faz para de sua vida privada.

Assim, ao ter acesso irrestrito e automático a quanto o indivíduo auferiu de renda, onde aplicou, como e onde gastou, etc., a RFB estaria violando frontalmente a privacidade dos contribuintes. Sob este aspecto (do alegado estado de vigilância contínuo), foi ressaltado que a quebra de sigilo era “*para o Poder administrativo*”, de modo que todo e qualquer agente da Administração Pública poderia requisitar dados bancários às instituições financeiras.

Ademais, conforme reconhecido reiteradamente pela Corte, seria do Poder Judiciário a prerrogativa de quebrar o sigilo de dados, jamais da RFB. Com relação aos tratados internacionais, sustentou-se que o argumento da PGFN não prosperaria porque os acordos e tratados acerca de trocas de informações dizem respeito a estrangeiros aqui residentes; ou seja, não importaria para o governo estadunidense qual o montante global movimentado por um brasileiro em sua conta no Brasil, mas sim de americanos que aqui possuem aplicações e rendimentos.

Por fim, haveria grande preocupação com as “juras de sigilo da RFB”, vez que já existem notícias de vazamento de informações bancárias vendidas em CD-ROMs.

#### **4.6.7. Dr. Isaac Sidney Menezes Ferreira, na condição de *amicus curiae* pelo Banco Central do Brasil (BACEN)**

A CRFB/88 não haveria conferido direito absoluto à intimidade ou sigilo de dados, tendo feito uma ponderação entre segurança e privacidade, de modo a estabelecer a reserva de jurisdição para afastamento do sigilo das comunicações telefônicas.

Ao ponderar as hipóteses excepcionais de compartilhamento de dados bancários por funcionários do Estado, o legislador buscou combater graves ilícitos e supervisionar o mercado financeiro, o mercado de capitais, etc. Essa ponderação do legislador teria como origem que Miguel Reale ensina como função precípua do Direito.

Além do mais, a intimidade e a vida privada não poderiam servir de escudo para todos os ilícitos graves que atingem a sociedade como um todo. A moeda, mais

que qualquer outro bem, revela a interdependência entre os homens, pelo que se exige atuação estatal no intuito de que seu uso acabe degenerando o tecido social.

Dessa forma, a LC nº 105/2001, na realidade, protegeria os contribuintes ao buscar impedir, nas palavras do Dr. Isaac Sidney, um *“salvo conduto ou habeas corpus de ofício, genérico e indeterminado, primou a Lei pelo direito constitucional que realiza as balizas da convivência e da sobrevivência social e do Estado, ponderação de princípios (...) não é retórica, não é mera escolha de preferências, mas pode ser a escolha constitucional entre o ruim e o péssimo, fiquemos com o ruim que não é tão ruim assim, mas seria péssimo se o Estado não pudesse administrar. O remédio amargo da ponderação é melhor que o veneno e a sociedade é o paciente que anseia pela cura da chaga da delinquência financeira”*.

#### 4.7. O JULGAMENTO DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONTITUCIONALIDADE Nºs 2359, 2386, 2390 e 2397 E DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 601.314/SP

Em sua mais recente manifestação sobre o tema, o STF, ao julgar de maneira conjunta cinco processos que questionavam dispositivos da LC nº 105/2001, em especial aqueles que possibilitam à RFB obter dados bancários de contribuintes fornecidos diretamente pelas instituições financeiras, sem prévia autorização judicial, entendeu, por maioria de votos, que os dispositivos da referida norma não resultam em quebra de sigilo bancário, mas sim na transferência do sigilo da órbita bancária para a fiscal, sendo que as informações transferidas das instituições ao Fisco devem ser preservadas pelo sigilo fiscal contra o acesso e conhecimento de terceiros. A conclusão da Corte adotou, portanto, a tese fazendária de que a LC nº 105/2001 não ofendeu a CRFB/88.

Proclamando o resultado, restou consignado que o Pleno, por maioria, vencidos Marco Aurélio e Celso de Mello, nas ADIs, conheciam parcialmente a Ação Direta nº 2859 para (i) julgar prejudicada a ação com relação ao Decreto nº 4554/02 e, (ii) improcedente a ação para declarar a constitucionalidade do art. 5º *caput* e parágrafos da LC nº 105/2001; quanto as demais ações (ADI 2390, 2397 e 2386) conheceram das ações e julgaram-nas improcedentes, declarando a constitucionalidade do art. 1º, §3º, VI, na parte em que remete aos arts. 5º e 6º, da

expressão “*do inquérito ou*”, contida no art. 1º, §4º, do art. 3, §3º e dos arts. 5º e 6º, todos da LC nº 105/2001, e dos Decretos nºs 3.724/2001 e 4.489/2002, que regulamentaram, respectivamente, os arts. 6º e 5º da referida norma complementar e do art. 1º da LC nº 104/2001 no ponto em que insere no parágrafo §1º o inciso II, e o § 2º, no art. 198 do CTN.

Com relação ao RE nº601.314/SP, também restaram vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, tendo o Plenário, por maioria, conhecido do RE para no mérito negar-lhe provimento.

#### **4.7.1. O voto do Ministro Luiz Edson Fachin**

Após uma digressão sobre o histórico legislativo envolvendo a matéria, o Ministro Fachin, relator do RE 601.314/SP, passou à análise do cenário jurisprudencial no âmbito dos Tribunais Superiores, quando conclui que há direção no âmbito do STJ no sentido de permitir o acesso das autoridades administrativas aos dados bancários do contribuinte sem prévia autorização prévia do Poder Judiciário, decisão esta proferida em sede de recurso repetitivo. Já no STF, haveriam algumas singularidades, com entendimentos divergentes, proferidos ao longo dos anos.

Em uma pontilhada análise da axiologia constitucional e dos fins máximos da tributação no contexto de justiça social, o Ministro Fachin conclui que a tributação, que toma corpo pelos instrumentos existentes em nosso Sistema Tributário Nacional deve produzir a igualdade entre os cidadãos. Assim, concluiu que “*o tributo extrai seu significado normativo do princípio constitucional da igualdade*” entre os concidadãos.

Posta tal premissa, ao analisar a constitucionalidade do art. 6º da LC 105/2001, o Ministro Fachin afirma ser o direito ao sigilo bancário, do ponto de vista individual, uma expressão do direito de personalidade, como já assentado pela Corte

no julgamento do Mandado de Segurança n° 22.801/DF<sup>98</sup>, de relatoria do Ministro Menezes Direito, em julgamento do Pleno. Não obstante, não se poderia olvidar da perspectiva do autogoverno coletivo, na qual os tributos figuram como indispensáveis para o desenvolvimento de qualquer sociedade. Tal constatação, quando analisada sobre o prisma dos julgados emanados pelos Tribunais Superiores, levaria a conclusão de que se tem afastado o caráter absoluto do sigilo bancário nas situações em que tal direito é contraposto às legítimas expectativas de arrecadação de receitas públicas.

Concluindo sobre a supremacia do autogoverno coletivo sobre o interesse individual, entende o Ministro Fachin:

“Entende-se, por conseguinte, que a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno coletivo, por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo”.

Conforme entendimento do Ministro, o disposto no art. 145, §1º, da CRFB/88 seria a chave hermenêutica de seu voto, dando aso à efetivação do princípio da capacidade contributiva, de modo que, o Poder Legislativo, quando da edição do art. 6º da LC n° 105/2001, ao fixar requisitos objetivos para requisição de informações pela administração tributária, não ofendeu a privacidade do contribuinte, transferindo a obrigação de sigilo ao Fisco.

#### **4.7.2. O voto do Ministro José Antonio Dias Toffoli**

O Ministro Toffoli, relator da quatro ADIs, iniciou sua reflexão sobre a constitucionalidade dos arts. 5º e 6º da LC n° 105/2001 contrapondo dois julgados do STF com desfechos completamente distintos, a saber: a Ação Cautelar n° 33 do Paraná e os debates do Plenário quando do julgamento do Recurso Extraordinário n° 389.808 do mesmo Estado.

---

98

Disponível

em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1668752>>. Acesso em 02.06.2016.

Como destacado no voto, quando do julgamento do RE n° 389.808, o próprio Ministro Toffoli iniciou a divergência, contraponto ao voto do relator, Ministro Marco Aurélio, bem como do decano Celso de Mello e do Ministro Cezar Peluso, por entender que a LC n° 105/2001 previa a manutenção do sigilo pelas autoridades fiscais.

Nesse sentido, o Ministro entendeu que, no caso, não se poderia falar de quebra de sigilo, pois não haveria circulação dos dados, mas uma transferência de informações a órgão da administração, o qual tem o dever legal de manutenção do sigilo das informações obtidas junto às instituições financeiras.

Nessa esteira de entendimento, a LC n° 105/2001 somente possibilitou ao Fisco um melhor exercício da sua atividade fiscalizatória (em linha com o que sustentou na Tribuna a Dra. Greice Maria Fernandes), para uma melhor identificação dos rendimentos, patrimônio, etc. dos contribuintes, sem permitir, no entanto, a divulgação dessas informações, restando resguardados o direito à intimidade e à vida privada. Assim, teria a referida Lei Complementar respeitado os direitos e garantias individuais dos contribuintes, em perfeita consonância com o disposto no art. 145, §1º, da CRFB/88.

O Ministro suscita a seguinte questão: Ao relacionar-se com a instituição financeira, o contribuinte confia ao agente privado o sigilo de seus dados. Entretanto, ao insurgir-se contra a LC n° 105/2001, ele demonstra que não confia na instituição pública. Ou seja, um gerente de banco privado seria mais confiável que um auditor da RFB? Tal assertiva não mereceria prosperar, vez que nessa transmutação inexistiria diferença entre o sigilo bancário e o sigilo fiscal capaz lesar direitos individuais dos contribuintes.

Após longa exposição sobre os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, o Ministro conclui que eventual declaração de inconstitucionalidade dos arts. 5º e 6º da LC 105/2001 poderia representar um retrocesso do País em matérias como a sonegação fiscal e evasão de divisas, em contramão à tendência de mundial de transparência fiscal.

#### **4.7.3. O voto do Ministro Celso de Mello**

O Ministro Celso de Mello manteve o posicionamento por ele adotado no julgamento do RE n° 389.808/PR, oportunidade em que votou no sentido de ressalvada a competência extraordinária das Comissões Parlamentares de Inquérito para que proceder com a quebra do sigilo bancário, se faz sempre necessário o crivo do Poder Judiciário no caso concreto.

Assinalando como “*preocupante inflexão hermenêutica*” a tese sustentada por aqueles que entendem pela desnecessidade de ordem judicial para quebra do sigilo bancário, o Ministro Celso de Mello sustenta que a ponderação sobre a colidência de princípios jamais pode ser realizada por um dos sujeitos parciais da relação litigiosa. Por isso que, em tais hipóteses, deve sempre ser respeitada a reserva de jurisdição, por representar inestimável garantia institucional contra eventuais arbitrariedades perpetuadas por órgãos da Administração Pública.

Nesse contexto, estaria evidente a grave transgressão dos direitos à intimidade e à vida privada do contribuinte, haja vista o permanente estado de vigilância e fiscalização desmotivada dos dados bancários. Isso porque o sigilo bancário é uma das dimensões da garantia constitucional da privacidade, que protege, especificamente, a privacidade financeira dos indivíduos.

#### **4.7.4. O voto do Ministro Luís Roberto Barroso**

O Ministro Barroso iniciou a exposição de seu voto salientando sua posição (antiga) no sentido de que a regra geral deve ser a reserva de jurisdição sempre que se cuida de quebra de sigilo. Ressalta que já sustentou este posicionamento, doutrinariamente, inclusive com relação inclusive às CPIs. Também frisa que continua pensando assim como regra geral; que a quebra de sigilo, em qualquer uma de suas formas, deve depender de decisão judicial, por entender que é uma segurança da cidadania e proteção dos direitos fundamentais. Essa seria sua posição doutrinária geral.

O Ministro se manifestou inicialmente sobre o RE 601.314/SP, ressaltando que votou “com mais imprevisto e menos reflexão do que deveria”, sendo que, neste caso concreto, afirmou que sua posição doutrinária merece atenuação por envolver a RFB.

No que diz respeito a este Órgão da Administração Pública, ela já seria uma destinatária natural de informações desta espécie, como destacado no voto do Ministro Dias Toffoli. Nesse sentido, o contribuinte que cumpre adequadamente suas obrigações, já prestaria a RFB (no mínimo em sua DIRPF) informações relevantes sobre seus saldos bancários, pagamentos a terceiros, etc. Mais do que isso, se no caso há preocupação com o direito à intimidade e à vida privada, teríamos que observar o fato da RFB, em geral, ser depositária de informações mais delicadas sobre a vida de uma pessoa do que suas informações bancárias. O Ministro citou o exemplo de dependente extraconjugal, que “entra” como dependente na DIRPF (a qual seria uma informação de caráter personalíssimo).

O Ministro Barroso finaliza sua análise acompanhando as conclusões do Ministro Fachin, registrando, na sessão de julgamento, a ementa de seu voto escrito<sup>99</sup>:

“O princípio da transparência, significando clareza, abertura e simplicidade, vincula tanto o Estado quanto a sociedade. Se a criação do Estado é um projeto coletivo, deve se reconhecer que a solidariedade se projeta, também, no campo fiscal. Assim, o pagamento de tributos é um dever fundamental, lastreado na feição fiscal assumida pelo Estado contemporâneo e no elenco de direitos fundamentais, que pressupõe para sua concretização o necessário financiamento. Além do que, se vislumbra lastro constitucional nos arts. 145, §1º, que cuida da capacidade contributiva, e no art. 150, II, que cuida da isonomia tributária. O direito à intimidade e à proteção da vida privada dos indivíduos, são direitos fundamentais de extrema relevância, já que se ligam diretamente aos valores da liberdade e dignidade humana, pilares de qualquer Estado que se pretenda democrático e de Direito. Contudo, considero que a oposição do sigilo bancário à administração tributária não tem relação direta com tais garantias constitucionais, conforme se entende nas principais democracias do mundo. De todo modo, ainda que se assim não fosse, o sigilo de informações financeiras não se encontra no núcleo essencial do direito à intimidade; portanto passível de restrição razoável pelo legislador,

---

<sup>99</sup> Até a conclusão deste trabalho, o voto do Ministro Luís Roberto Barroso não havia sido disponibilizado no site oficial do STF.

principalmente com o objetivo de compatibilizá-lo com o dever fundamental de pagar tributos, à isonomia tributária e à capacidade contributiva. Sendo assim, verifica-se que o legislador não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela administração tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte observando-se um transferência do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal. O Decreto nº 3.724, que regulamenta o art. 6º da Lei Complementar, foi publicado na mesma data de promulgação da Lei, e este Decreto regulamenta de maneira minuciosa os procedimentos destinados a preservar o sigilo das informações obtidas.(...)”.

No que tange às ADIs, enuncia que acompanha integralmente o posicionamento do Ministro Dias Toffoli, ainda que com uma interpretação conforme a CRFB/88 que poderia ser submetida à apreciação do relator.

A LC nº 105/2001 e o art. 6º não se referem apenas à União Federal, referem-se aos três níveis estatais. No âmbito federal, o Decreto nº 3.724/2001, que regulamentou o art. 6º da LC nº 105/2001, impõe limites e procedimentos protetivos do contribuinte e do sigilo fiscal. Portanto, entende o Ministro Barroso que o acesso por autoridades estaduais e municipais ficaria condicionado a, primeiro, uma “*pertinência temática*”, sendo preciso que a informação bancária requisitada pelo Fisco tenha pertinência com a pretendida exação tributária, e, segundo, a existência de um decreto regulamentador nos moldes da normatização federal para a proteção dos dados sigilosos do contribuinte.

Ou seja, a administração estadual ou municipal que pretenda obter esse tipo de informações, precisaria seguir uma normatização nos moldes federais: (i) sujeição do pedido ao Delegado, há vistas de um segundo juízo de necessidade; (ii) existência de sistemas adequados de segurança; (iii) registros de acesso, necessários para saber, no caso de necessidade de responsabilização, quem solicitou e teve acesso ao sigilo para evitar manipulações indevidas; e (iv) previsão de punições adequadas para quem viole o sigilo ou abuse de tal poder.

Desse modo, o Ministro Barros seguiu o voto do relator Dias Toffoli, conferindo interpretação conforme a CRFB/88 ao art. 6º da LC nº 105/2001, para estabelecer que a obtenção de informações nele prevista dependa de processo

administrativo devidamente regulamentado por cada ente da federação em que se assegura, tal como se dá para com a União, como estabelecido na Lei 9.784/99 e do Decreto 3.724/01, no mínimo as seguintes garantias: (a) notificação do contribuinte quanto a instauração do processo, assim como todos os demais atos; (b) sujeição do pedido de acesso a superior hierárquico do requerente; (c) existência de sistemas eletrônicos de segurança certificados e como registro de acessos; e (d) estabelecimento de mecanismos efetivos de apuração e correção de desvios.

#### **4.7.5. O voto do Ministro Teori Albino Zavascki**

O Ministro Teori recorreu a sua familiaridade com o tema no âmbito do STJ, quando analisar a norma em voga considerou legítimos os procedimentos estabelecidos pela LC nº 105/2001, se reportando ao voto proferido nos autos do Embargos de Divergência nº 608.053/RS, de sua relatoria.

Na linha do até então exposto, o Ministro Teori apenas chamou atenção para alguns pontos. Em primeiro lugar, conforme já decidido algumas vezes pelo próprio STF, a questão acerca da formatação do sigilo bancário e do sigilo fiscal seria eminentemente infraconstitucional (Nesse sentido o MS nº 71.229/DF<sup>100</sup>). a matéria em debate não poderia se encaixaria no âmbito do art. 5 da CRFB/88

Ademais, a rigor, todos os contribuintes teriam obrigação de prestar as informações previstas no §1º do art. 5º da LC nº 105/2001 anualmente, ainda que tais informações fossem um retrato aos dia 31 dias do mês de dezembro de cada ano. Entretanto, nada impediria que assim como exigido das pessoas jurídicas, que houvesse a obrigação de prestar esse tipo de informações com uma periodicidade menor. Ou seja, seriam as mesmas informações constantes da DIRPF, pelo que afirmar o dever de reserva de intimidade em relação a elas seria dizer que há reserva de intimidade em relação as demais informações prestadas as autoridades fiscais.

---

100

Quanto à questão da segurança dos dados, a Lei em momento algum falaria em quebra de sigilo. Ela (LC nº 105/2001) expressamente autorizaria as autoridades e os agentes fiscais tributários a examinar documentações fornecidas pelas instituições financeiras. Assim, há autorização para o exame, não quebra de sigilo.

Ademais, é evidente que existe risco de vazamento de informações uma vez que de posse das autoridades tributárias, mas esse risco seria igual àquele suportado pelas próprias instituições financeiras. Nesse linear, o Ministro Teori questiona como a prévia autorização judicial poderia ajudar na questão da segurança do sigilo de dados. A seu ver, a não ser que essa reserva prévia de jurisdição tramite de maneira sigilosa, ela somente aumenta o risco de vazamento de informações.

O Ministro ainda questionou como se daria o controle jurisdicional prévio, uma vez que este não poderia ocorrer de maneira contenciosa por não haver lide, dado que a autoridade fazendária, se tratando de procedimento fiscalizatório, ainda não possui elementos suficientes para determinar a (in)existência de ilícito fiscal. Desse modo, se não há ilícito comprovado, não se pode ajuizar ação judicial e constituir a lide. Por este motivo, o argumento de reserva prévia de jurisdição seria um contrassenso em si próprio, pois não haveria elementos para ajuizamento de ação por parte da União Federal. Assim, estar-se-ia tratando de uma espécie de jurisdição voluntária na qual, sempre que o Fisco entendesse necessário o exame de informação bancárias, haveria uma intermediação do judicial, um controle jurisdicional não contencioso e de caráter sigiloso. Ocorre que essa espécie de jurisdição inexistente no sistema jurídico pátrio.

#### **4.7.6. O voto da Ministra Rosa Weber**

A grande questão constitucional dos casos em tela diz respeito à reserva de jurisdição, ou então, como se referiu o Ministro Teori, à “prévia reserva jurisdicional”. Isso porque, na verdade, caso se concluísse que há quebra de sigilo nas hipóteses de que trata a LC nº 105/2001, necessariamente, pela convicção da Ministra Rosa Weber, seria o caso de reserva de jurisdição.

Entretanto, sua convicção não se firma nessa linha – se firma na linha de que há uma transferência de sigilo bancário no acesso concedido ao Fisco, se privilegiando o interesse coletivo, à luz do art. 145, § 1º da CRFB/88.

#### **4.7.7. O voto da Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha**

A Ministra Carmen Lúcia afirmou não haver contrariedade entre a LC nº 105/2001 e a CRFB/88 por entender que há transferência de sigilo e não uma efetiva quebra. Dessa forma, a Ministra ratificou sua leitura exposta quando do julgamento do RE nº 389.808/PR, no sentido de que se garante o sigilo pelo procedimento estabelecido nos dispositivos da norma legal ao mesmo passo que se resguarda interesse coletivo. Por esse motivo, não há agressão aos dispositivos do art. 5º, X, XII, da CRFB/88, porque as informações não irão a público e, por se tratar de órgão público estruturado, a (RFB) tem dever de sigilo fiscal.

#### **4.7.8. O voto do Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello**

Agora, rever-se uma jurisprudência, um pronunciamento, de 2010, do Plenário do STF e amis uma vez o que gera insegurança jurídica sem que se tenha como ocorrida uma mudança de texto constitucional.

A CRFB/88 é um documento rígido, a gerar essa adjetivação a supremacia, ela que esta no ápice da pirâmide das normas jurídicas e todo diploma deve obsequio à CRFB/88. É certo que há emenda à constitucional que abriu margem para conferir-se a tratados e convenções internacionais força de emenda constitucional. Mas a exigir os mesmos requisitos para ter-se, a aprovação de uma emenda constitucional (§3º, art. 5º da CRFB/88).

Sobre a matéria o que há no rol das garantias constitucionais, vemos no inciso XII do art. 5º uma regra, e para confirma-la uma exceção. A regra é a inviolabilidade de dados, que é gênero, estando indubitavelmente ali conscritos os dados bancários. Mas o legislador constituinte abriu uma exceção, ao prever que esse sigilo poderia ser afastado por ordem judicial e não por parte jurídica da relação interessada, em uma espécie de “feitura de justiça pelas próprias mãos”. Esse

controle de quebra de sigilo de dados deveria sempre ser realizado por órgão equidistante quanto ao possível conflito de interesses que deve atentar para outra regra constitucional, a revelar que as decisões judiciais devem ser fundamentadas. Ademais, o compartilhamento seria possível apenas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Sobre o ponto discutido de que o contribuinte poderia ingressar em juízo, não caberia, *in casu*, o fenômeno da inversão: ao invés de ter-se o ingresso do interessado visando o afastamento do sigilo de dados, imputar a necessidade do contribuinte, em uma relação jurídica desequilibrada, buscar afago, de forma acauteladora, do Poder Judiciário “*em tempos estranhos*”, para fazer observar-se o que deveria ser espontâneo, conforme disposto no art. 5º, XII, da CRFB/88.

Conforme o Ministro é inconteste que, pelo fato da RFB ser parte na relação jurídico tributária, não se está falando de interesse público primário, mas de interesse coletivo secundário da RFB como arrecadadora de tributos. Guardaria adequação com a espécie o Mandado de Segurança nº 23.851 do Distrito Federal, de lavra do Ministro Celso de Mello, que esteve ligado à quebra do sigilo bancário por Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs). Naquela oportunidade o ministro relator, de forma pedagógica, concluiu que a autorização limitada para o afastamento da inviolabilidade do sigilo de dados não pode ser concebida como a retratar uma verdadeira devassa, necessitando apoiar-se em fundamentação adequada e encontrando suporte em quadro fático idôneo, sob a pena de invalidade do ato estatal que a decreta por agressão ao direito fundamental da intimidade do cidadão.

Em outro precedente citado pelo Ministro, o Plenário concluiu que o Tribunal de Contas da União (TCU) não teria o poder de quebrar o sigilo<sup>101</sup>. Assim, se o TCU,

---

<sup>101</sup> O Ministro Marco Aurélio refere-se ao Mandado de Segurança nº 22.801/DF de relatoria do Ministro Menezes Direito, julgado pelo Pleno do STF em 17 de dezembro de 2007. O Julgado foi assim ementado:

Mandado de Segurança. Tribunal de Contas da União. Banco Central do Brasil. Operações financeiras. Sigilo. 1. A Lei Complementar nº 105, de 10/1/01, não conferiu ao Tribunal de Contas da União poderes para determinar a quebra do sigilo bancário de dados constantes do Banco Central do Brasil. O legislador conferiu esses poderes ao Poder Judiciário (art. 3º), ao Poder Legislativo Federal (art. 4º), bem como às Comissões Parlamentares de Inquérito, após prévia aprovação do pedido pelo

como órgão fiscalizador da Administração Pública não teria competência para requisitar informações às instituições financeiras, tampouco o poderia fazer a RFB, dado que seu interesse além de fiscalizar é arrecadar tributos.

Sobre o argumento de que não haveria quebra, mas transferência do sigilo poder-se-ia fazer um paralelo com o segredo, que se participado a outrem perde sua natureza. Além disso, pouco importaria se o contribuinte é instado a apresentar os dados, vez que a RFB estará recebendo informações periódicas dos estabelecimentos bancários via e-financeira. Estar-se-ia buscando, portanto, a forma pela forma, em completa devassa do direito do contribuinte. Sobre esse ponto, não se pode confundir sigilo com compartilhamento, pois a partir do momento em que se compartilham informações (inclusive fora das balizas constitucionais), desaparece o próprio sigilo.

Sobre a ênfase ao movimento mundial, ressaltou que o Brasil é uma nação soberana e não se sobrepõem à Carta Maior quaisquer tratados e/ou convenções internacionais com ela conflitantes, face o dever maior do STF de guarda da CRFB/88. A cooperação internacional há de ser harmônica com o arcabouço legislativo pátrio, sem o que não pode ser implementada.

O Ministro Marco Aurélio abriu a divergência lembrando o quórum e posicionamento do STF quando do julgamento do RE nº 389.808/PR, na sessão plenária ocorrida em 15 de dezembro de 2010, do qual foi o relator.

---

Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito (§§ 1º e 2º do art. 4º). 2. Embora as atividades do TCU, por sua natureza, verificação de contas e até mesmo o julgamento das contas das pessoas enumeradas no artigo 71, II, da Constituição Federal, justifiquem a eventual quebra de sigilo, não houve essa determinação na lei específica que tratou do tema, não cabendo a interpretação extensiva, mormente porque há princípio constitucional que protege a intimidade e a vida privada, art. 5º, X, da Constituição Federal, no qual está inserida a garantia ao sigilo bancário. 3. Ordem concedida para afastar as determinações do acórdão nº 72/96 - TCU - 2ª Câmara (fl. 31), bem como as penalidades impostas ao impetrante no Acórdão nº 54/97 - TCU - Plenário.

Disponível em:  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+22801%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+22801%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b3sclww>. Acesso em 06.06.2016.

#### 4.7.9. O voto do Ministro Luiz Fux

O Ministro Fux, assim como o Ministro Marco Aurélio, invocou precedente de sua relatoria para proferir seu voto. Nesse caso, o Ministro ressaltou o posicionamento exarado nos autos do Recurso Especial (REsp) n° 1.134.665<sup>102</sup>,

---

<sup>102</sup> PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A FATOS IMPONÍVEIS ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001. APLICAÇÃO IMEDIATA. ARTIGO 144, § 1º, DO CTN. EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE. 1. A quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário não extinto, é autorizada pela Lei 8.021/90 e pela Lei Complementar 105/2001, normas procedimentais, cuja aplicação é imediata, à luz do disposto no artigo 144, § 1º, do CTN. 2. O § 1º, do artigo 38, da Lei 4.595/64 (revogado pela Lei Complementar 105/2001), autorizava a quebra de sigilo bancário, desde que em virtude de determinação judicial, sendo certo que o acesso às informações e esclarecimentos, prestados pelo Banco Central ou pelas instituições financeiras, restringir-se-iam às partes legítimas na causa e para os fins nela delineados. 3. A Lei 8.021/90 (que dispôs sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais), em seu artigo 8º, estabeleceu que, iniciado o procedimento fiscal para o lançamento tributário de ofício (nos casos em que constatado sinal exterior de riqueza, vale dizer, gastos incompatíveis com a renda disponível do contribuinte), a autoridade fiscal poderia solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no artigo 38, da Lei 4.595/64. 4. O § 3º, do artigo 11, da Lei 9.311/96, com a redação dada pela Lei 10.174, de 9 de janeiro de 2001, determinou que a Secretaria da Receita Federal era obrigada a resguardar o sigilo das informações financeiras relativas à CPMF, facultando 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. 5. A Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, revogou o artigo 38, da Lei 4.595/64, e passou a regular o sigilo das operações de instituições financeiras, preceituando que não constitui violação do dever de sigilo a prestação de informações, à Secretaria da Receita Federal, sobre as operações financeiras efetuadas pelos usuários dos serviços (artigo 1º, § 3º, inciso VI, c/c o artigo 5º, caput, da aludida lei complementar, e 1º, do Decreto 4.489/2002). 6. As informações prestadas pelas instituições financeiras (ou equiparadas) restringem-se a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados (artigo 5º, § 2º, da Lei Complementar 105/2001). 7. O artigo 6º, da lei complementar em tela, determina que: "Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária." 8. O lançamento tributário, em regra, reporta-se à data da ocorrência do fato ensejador da tributação, regendo-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada (artigo 144, caput, do CTN). 9. O artigo 144, § 1º, do Codex Tributário, dispõe que se aplica imediatamente ao lançamento tributário a legislação que, após a ocorrência do fato imponible, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros. 10. Conseqüentemente, as leis tributárias procedimentais ou formais, conducentes à constituição do crédito tributário não alcançado pela decadência, são aplicáveis a fatos pretéritos, razão pela qual a Lei 8.021/90 e a Lei Complementar 105/2001, por envolverem essa natureza, legitimam a atuação fiscalizatória/investigativa da Administração Tributária, ainda que os fatos imponíveis a serem apurados lhes sejam anteriores (Precedentes da Primeira Seção: EREsp 806.753/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em

julgado pela Primeira Seção do STJ, em sede de repercussão geral, que deu ensejo a legitimação e legalidade da LC nº105/2001, concluindo que a quebra de sigilo sem autorização judicial na forma da norma complementar não padece de nenhuma ilegalidade.

Destaca que já há uma série de salvaguardas com relação à administração tributária federal, de sorte que também seria de bom alvitre adotar-se o posicionamento exposto pelo Ministro Barroso com relação às administrações estaduais e municipais da federação.

---

22.08.2007, DJe 01.09.2008; EREsp 726.778/PR, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 14.02.2007, DJ 05.03.2007; e EREsp 608.053/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 09.08.2006, DJ 04.09.2006). 11. A razoabilidade restaria violada com a adoção de tese inversa conducente à conclusão de que Administração Tributária, ciente de possível sonegação fiscal, encontrar-se-ia impedida de apurá-la. 12. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 facultou à Administração Tributária, nos termos da lei, a criação de instrumentos/mecanismos que lhe possibilitassem identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, respeitados os direitos individuais, especialmente com o escopo de conferir efetividade aos princípios da personalidade e da capacidade contributiva (artigo 145, § 1º). 13. Destarte, o sigilo bancário, como cediço, não tem caráter absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade aplicável de forma absoluta às relações de direito público e privado, devendo ser mitigado nas hipóteses em que as transações bancárias são denotadoras de ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. Isto porque, conquanto o sigilo bancário seja garantido pela Constituição Federal como direito fundamental, não o é para preservar a intimidade das pessoas no afã de encobrir ilícitos. 14. O suposto direito adquirido de obstar a fiscalização tributária não subsiste frente ao dever vinculativo de a autoridade fiscal proceder ao lançamento de crédito tributário não extinto. 15. In casu, a autoridade fiscal pretende utilizar-se de dados da CPMF para apuração do imposto de renda relativo ao ano de 1998, tendo sido instaurado procedimento administrativo, razão pela qual merece reforma o acórdão regional. 16. O Supremo Tribunal Federal, em 22.10.2009, reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário 601.314/SP, cujo thema iudicandum restou assim identificado: "Fornecimento de informações sobre movimentação bancária de contribuintes, pelas instituições financeiras, diretamente ao Fisco por meio de procedimento administrativo, sem a prévia autorização judicial. Art. 6º da Lei Complementar 105/2001." 17. O reconhecimento da repercussão geral pelo STF, com fulcro no artigo 543-B, do CPC, não tem o condão, em regra, de sobrestar o julgamento dos recursos especiais pertinentes. 18. Os artigos 543-A e 543-B, do CPC, asseguram o sobrestamento de eventual recurso extraordinário, interposto contra acórdão proferido pelo STJ ou por outros tribunais, que verse sobre a controvérsia de índole constitucional cuja repercussão geral tenha sido reconhecida pela Excelsa Corte (Precedentes do STJ: AgRg nos EREsp 863.702/RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 13.05.2009, DJe 27.05.2009; AgRg no Ag 1.087.650/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18.08.2009, DJe 31.08.2009; AgRg no REsp 1.078.878/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.06.2009, DJe 06.08.2009; AgRg no REsp 1.084.194/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 26.02.2009; EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 805.223/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 04.11.2008, DJe 24.11.2008; EDcl no AgRg no REsp 950.637/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 21.05.2008; e AgRg nos EDcl no REsp 970.580/RN, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 05.06.2008, DJe 29.09.2008). 19. Destarte, o sobrestamento do feito, ante o reconhecimento da repercussão geral do thema iudicandum, configura questão a ser apreciada tão somente no momento do exame de admissibilidade do apelo dirigido ao Pretório Excelso. 20. Recurso especial da Fazenda Nacional provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=7442122&num\\_registro=200900670344&data=20091218&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=7442122&num_registro=200900670344&data=20091218&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 06.06.2016.

#### 4.7.10. O voto do Ministro Gilmar Mendes

Inicialmente é importante ressaltar que o Ministro Gilmar estava impedido de proferir voto nos autos das Adis, por ter participado como Advogado-Geral da União. Seu voto, portanto, foi apenas com relação ao RE 601.314/SP.

A leitura do § 4º em conjunto com o *caput* do art. 5º da LC nº 105/2001 leva à compreensão de que tão somente a União Federal é destinatária das informações bancárias, não se estendendo tal prerrogativa aos fiscos estaduais e municipais.

De modo geral, haveria na orientação tradicional do STF duas diretrizes: uma que reconhece no texto constitucional o direito fundamental ao sigilo como direito derivado do direito da privacidade, e reconhece-se, também, a necessidade de ordem judicial para sua relativização. Em suma, a intimidade é de autonomia individual longe dos olhos do Estado, mantendo fora do controle do Estado sua vida privada. Há de ressaltar, no entanto, que tal direito não é absoluto e pode ser relativizado.

Após longa análise dos posicionamentos do STF ao longo dos anos, o Ministro ratifica seu reconhecimento da relatividade do sigilo bancário. A questão deixa de ser simples, uma vez que a LC nº 105/2001 impõe limites ao direito à privacidade, mas não haveria ofensa ao texto constitucional. Isso porque é de conhecimento que a restrição de direitos fundamentais pode ocorrer sem previsão do constituinte, para maior adequação da norma aos quesitos funcionais da vida cotidiana.

Nessa toada, o Ministro Gilmar Mendes afirma que existem direitos passíveis de conformação, não se tratando de pura restrição, de modo que a Lei pode definir o âmbito de proteção marcadamente normativo. Assim, a análise do tema deve tomar como parâmetro o princípio da proporcionalidade, em primieor lugar as medidas parecem adequadas porque parecem cumprir o fim a que se destinam por proporcionar às autoridades subsídios de que precisam para levar a cabo seu mister constitucional.

Quando discute-se a questão relativa ao acesso do fisco às informações bancárias como disposto na LC n° 105/2001, o que estaria em jogo não seria o acesso em si, mas o uso das informações. E essas informações, por óbvio, que visam instrumentalizar a arrecadação de tributos pelo Estado. Destaca-se o papel essencial para o papel dos tributos no contexto do estado social de direito. Com efeito, a construção do Estado Democrático de Direito passa por cursos e estratégias que vão além da declaração de direitos, não havendo Estado Social sem Estado Fiscal. O tributo, como principal forma de receita pública do Estado moderno, revela-se componente fundamental de sua estrutura, assegurando a prestação dos direitos fundamentais.

Por estes fundamentos, assentou que as medidas disciplinadas pela LC n° 105/2001 não ofendem a CRFB/88, de modo que tanto o acesso sistêmico como o incidental se afiguram necessários. O acesso expedito e direto é indispensável para a autoridade fazendária levar a cabo suas atividades essenciais. A reserva de jurisdição é inviável na prática, não atendendo requisitos para otimização da fiscalização ou para a troca de informações na forma do previsto em acordos internacionais celebrados, mas apenas procrastinaria ainda mais o processo fazendo que muitos créditos tributários acabassem encontrando a prescrição ou então sua constituição de fato.

Ademais, para o Ministro Gilmar, também não haveria quebra de sigilo, mas sim uma transferência do dever de manutenção do sigilo. Não se tratando de um mero jogo de palavras, o Ministro afirma que a legislação em debate não autoriza em momento algum a divulgação de informações bancárias do contribuinte, que não poderão ser expostas ou publicadas para o conhecimento de terceiros, pelo que protegidas pelo sigilo fiscal, conforme disposto no art. 198 do CTN.

#### **4.7.11. O voto do Presidente Ministro Ricardo Lewandowski**

Modificando a posição adotada nos autos do RE n° 389.908/PR, quando entendia que a quebra do sigilo bancário dependia de previa autorização judicial, o Ministro Lewandowski acompanhou a maioria formada no Plenário para afirmar que

a LC n° 105/2001 não ofendeu qualquer direito ou garantia fundamental da CRFB/88.

O Ministro Presidente, entendendo que o mundo evolui muito desde o julgamento do referido recurso extraordinário, ressaltou que na atualidade estaria evidenciada a necessidade de efetiva repressão aos crimes de organização para o cometimento de ilícitos.

A partir das discussões travadas no presente julgamento, estariam em contraposição o direito fundamental à privacidade e o dever republicano correspondente à obrigação de pagar impostos do art. 145 da CRFB/88, que traz implícitos os deveres da administração em exercer a atividade fiscalizatória com eficácia e tributar corretamente o cidadão de acordo com capacidade econômica, dando concreção à chamada segunda geração de direitos fundamentais, elencados basicamente no art. 6° da CRFB/88.

Ademais, o Presidente também mudou seu entendimento para consignar que se convenceu de que não há quebra de sigilo, mas a transferência deste às autoridades fiscais, registrando que a legislação aplicável garante a confidencialidade dos dados sem o repasse a terceiros estranhos ao Estado, sob pena de sanções aos responsáveis por eventual infração.

Assim, o Ministro Lewandowski acompanha o voto do relator da ADIs, explicitando que os estados e municípios somente poderão obter as informações de que trata o art 6° da LC n° 105/2001 uma vez regulamentada a matéria, sendo que ta; regulamentação tem que ser análoga ao Decreto Federal n° 3.724/2001 e contendo obrigatoriamente as seguintes garantias: (i) pertinência temática entre a obtenção das informações bancárias e o tributo objeto de cobrança no procedimento dm instaurado; (ii) a prévia notificação do contribuinte quanto a instaurado do processo e todos os demais atos; (iii) requisição de acesso a um superior hierárquico; (iv) existência de sistemas eletrônicos de segurança que sejam certificados e com controles de acesso estabelecimento de mecanismos efetivos de apuração e correção de desvios.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho se debruçou sobre a questão envolvendo a garantia constitucional do sigilo de dados, em especial dos dados bancários. Como longamente explicitado, o direito à intimidade e à vida privada é protegido pelo art. 5º, inciso X, da CRFB/88<sup>103</sup>. A inviolabilidade dos dados pessoais, de que cuida o inciso XII do mesmo artigo, desenvolve, de certo modo, essa mesma proteção. Apesar de já visitada anteriormente, merece a dicção dos dispositivos constitucionais referidos merece nova transcrição:

"Art. 5º (..)

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

(...)

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

De forma simples, os direitos à intimidade e à vida privada protegem as pessoas na sua individualidade e resguardam o direito de estar só. A intimidade e a vida privada são esferas diversas<sup>104</sup> compreendidas em um conceito mais amplo: o de direito de privacidade. Dele decorre o reconhecimento da existência, na vida das pessoas, de espaços que devem ser preservados da curiosidade alheia, por envolverem o modo de ser de cada um, as suas particularidades. Do ponto de vista individual, o sigilo de dados é um instrumento de proteção e efetivação do direito de privacidade<sup>105</sup>. Não se poderia mesmo falar em liberdade sem que se reconhecesse a existência de um espaço da vida livre da interferência de terceiros.

---

<sup>103</sup> Conforme Mônica Neves Aguiar da Silva Castro: "Identificados como inatos, no sentido de que não é necessária a prática de ato de aquisição, posto que inerentes ao homem, bastando o nascimento com vida para que passem a existir, os direitos da personalidade vêm sendo reconhecidos igualmente aos nascituros".

<sup>104</sup> Conforme visto no capítulo específico, a intimidade corresponde a um círculo mais restrito de fatos relacionados exclusivamente ao indivíduo, ao passo que a vida privada identifica um espaço mais amplo de suas relações sociais. A proteção de uma e outra, portanto, varia de intensidade.

<sup>105</sup> Este entendimento é o defendido por Tercio Sampaio Ferraz Junior, na já citada obra Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado, quando afirma que "Sigilo não é o bem protegido, não é o objeto do direito fundamental. Diz respeito à faculdade de agir

Como é fácil perceber, a lista de filmes da preferência de um indivíduo<sup>106</sup> ou o modo como alguém gerencia suas economias<sup>107</sup> são dados que revelam predileções íntimas ou opções pessoais e por isso não devem ser expostos. Embora a Constituição não apresente uma lista dos fatos ou dados que integram esse espaço próprio da privacidade, entende-se tradicionalmente no direito brasileiro que as informações acerca do patrimônio de um indivíduo, de sua renda e de suas movimentações bancárias são protegidas pelo direito de privacidade.

O sigilo de dados deve ser entendido, portanto, como uma decorrência necessária do reconhecimento de uma área de manifestação existencial do ser humano que é livre da interferência de terceiros.

Esse registro é importante para afastar-se qualquer pré-compreensão, equivocada, de que o sigilo serviria de instrumento conferido ao particular pela CCFRB/88 utilizado para encobrir o cometimento de ilícitos – dificultando o exercício das atividades das autoridades fiscais. Ainda que a realidade da sociedade contemporânea não nos permita negar esse efeito prático, o objetivo da garantia de sigilo é bem outro.

---

(manter sigilo, resistir ao devassamento), conteúdo estrutural do direito. (...) Seria, portanto, um equívoco falar em direito ao sigilo, tomando a faculdade (conteúdo) pelo bem protegido (objeto), como se se tratasse em si de um único direito fundamental. Ao contrário, é preciso ver e reconhecer que o sigilo, a faculdade de manter sigilo, diz respeito a informações privadas (inciso XII do art. 5º) ou de interesse da sociedade ou do Estado (inciso XXXIII do mesmo artigo). No primeiro caso, o bem protegido é uma liberdade de 'negação'. No segundo, a segurança coletiva. (...) a faculdade de resistir ao devassamento (de manter sigilo), conteúdo estrutural de diferentes direitos fundamentais, não é um fim em si mesmo, (...) mas um instrumento fundamental, cuja essência é a assessoriedade. A inviolabilidade do sigilo, como tal, pode garantir o indivíduo a sua privacidade, ou ainda a segurança da sociedade e do Estado. (...) Mas não acoberta a ilegalidade perpetrada no âmbito da privacidade e da qual alguém, sem violência física ou mental, tem notícia".

<sup>106</sup> O exemplo, embora possa aparentar certa simplicidade, é de grande relevância. Em 1987, durante os debates acerca da indicação de Robert Bork para a Suprema Corte dos Estados Unidos, o jornal Washington City Paper publicou uma lista com o histórico de vídeos alugados pelo então nominado, que pouco pode fazer contra a divulgação. Embora o Senado tenha recusado a indicação do Sr. Bork naquele mesmo ano, em 1988 foi aprovado o "*Video Privacy Protection Act*", que garante a privacidade das informações de filmes alugados.

<sup>107</sup> Segundo Arnoldo Wald "(...) o sigilo bancária encontra proteção constitucional no Direito brasileiro, dentro dos limites em que se caracteriza como um verdadeiro direito da personalidade, que resguarda os aspectos econômicos do chamado direito à intimidade e à vida privada, como também se fundamenta no direito ao sigilo de dados referente às pessoas, sem prejuízo das limitações que a lei estabelece - e poderá estabelecer, nos casos especiais ou de conduta ilegal por parte do depositante".

Sem entrar na questão da segurança específica de dados patrimoniais, parece evidente que uma carta de caráter eminentemente pessoal levada a conhecimento público ou uma mensagem remetida a destinatário equivocado, embora absolutamente lícitas, causarão transtorno ao remetente. Os exemplos, de grande simplicidade, demonstram que ao afastar determinadas escolhas, atividades e dados do conhecimento público, o sigilo permite a cada indivíduo que se manifeste de maneira livre e guiado por suas próprias preferências. Nesse pensamento, encaixa-se perfeitamente a ideia de "quem não deve não teme" transparece, ao menos nesse ponto, uma interpretação completamente equivocada. Cai por terra, assim, o argumento fazendário de que a vontade do contribuinte de não expor determinados dados decorreria da existência de motivos para escondê-los; sendo que se busca não divulgá-los tendo em vista os inegáveis prejuízos ao direito de privacidade que podem decorrer de tal divulgação.

Isso não significa, porém, que o direito à privacidade, e, conseqüentemente, o direito ao sigilo bancário, seja um direito absoluto, pelo contrário. Há relativo consenso doutrinário no sentido de que os direitos não são absolutos. Por certo que seria equivocado admitir-se que o exercício de um direito pode chegar ao ponto de inviabilizar a vida social ou de violar direitos de terceiros. Por isso se reconhece a possibilidade de restringir o exercício de direitos fundamentais, ao legislador e também ao juiz, quando diante de conflitos normativos insuperáveis.

Naturalmente, não se haverá de admitir livre restrição à garantia constitucional, sob pena de ela já não ter qualquer serventia. Nessa linha, conclui-se que a restrição a garantias fundamentais é possível, mas, conforme ensina Jorge Miranda, deverá justificar-se com fundamento em outras normas constitucionais:

"Nenhuma restrição [a direitos] pode deixar de se fundar na Constituição; pode deixar de fundar-se em preceitos ou princípios constitucionais; pode deixar de se destinar à salvaguarda de direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (...)".

A lógica dessa afirmação é simples e decorre da compreensão conjunta dos princípios da supremacia e da unidade da Constituição<sup>108</sup>: apenas outro elemento constitucional pode restringir um direito de envergadura constitucional.

Ao lado da exigência de interesse ou fim constitucionalmente consagrado, um outro requisito também foi relevante para as conclusões q se chegou através do presente estudo. Há de se observar, quando da relativização de direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade.

Assim, de forma simples, qualquer norma que pretenda restringir direitos deverá observar os três subprincípios que se identificam na razoabilidade/proporcionalidade: adequação, necessidade/vedação do excesso e proporcionalidade em sentido estrito.

No caso específico do sigilo de dados, a própria CRFB/88 prevê expressamente a possibilidade de sua quebra. Em um primeiro plano, pelo Poder Judiciário para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, XII, parte final, CRFB/88) e, segundo, a interpretação do art. 58, §3º, da CRFB/88 conferida pelo STF.

Nesse ponto, cumpre frisar que, ainda que exista previsão constitucional expressa, a quebra de sigilo de dados está sujeita ao regime constitucional de restrição aos direitos fundamentais, o que significa que a medida deve sempre observar as exigências de proporcionalidade e motivação.

Em resumo: a quebra de sigilo telefônico, bancário, fiscal ou de qualquer espécie de dados pessoais, por configurar restrição a direitos fundamentais, exige

---

<sup>108</sup>O Direito, como se sabe, é um sistema de normas harmonicamente articuladas. Uma situação não pode ser regida simultaneamente por duas disposições legais que se contraponham. Para solucionar essas hipóteses de conflito de leis, o ordenamento jurídico se serve de três critérios tradicionais: o da hierarquia - pelo qual a lei superior prevalece sobre a inferior -, o cronológico - onde a lei posterior prevalece sobre a anterior - e o da especialização - em que a lei específica prevalece sobre a lei geral. Estes critérios, todavia, não são adequados ou plenamente satisfatórios quando a colisão se dá entre normas constitucionais, especialmente entre princípios constitucionais, categoria na qual devem ser situados os conflitos entre direitos fundamentais.". BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 3, n. 11. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30918>>. Acesso em: 01.06.2016.

que a quebra do sigilo de dados seja realizada por meio de decisão fundamentada, que demonstre tanto a necessidade da medida, quanto a ausência de outro meio menos gravoso para produzir o mesmo resultado.

Sem prejuízo da previsão constitucional que autoriza ao Poder Judiciário - e conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também às CPIs - a determinar a quebra do sigilo bancário, a LC nº 105/2001, ao mesmo tempo em que dispõe sobre o dever das instituições financeiras de preservarem o sigilo dessa espécie de dado, conferiu poderes excepcionais à RFB, autorizando-a a proceder à "quebra" do sigilo bancário nos casos que especifica.

Não se vai discutir sobre a conclusão do STF acerca da constitucionalidade da LC nº 105/2001 na parte em que autoriza o acesso dos dados bancários diretamente pelas Autoridades Tributárias, sem intervenção judicial, até mesmo porque a decisão foi proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, sendo que eventuais críticas ao posicionamento do Supremo, a esta altura, parecem inócuas.

Feita esta nota, e seguindo a linha do voto do Ministro Barroso, parece bastante intuitivo concluir que a regulamentação prevista no Decreto nº 3.724/2001 pretendeu compatibilizar a LC nº 105/2001 com o regime constitucional de restrição a direitos fundamentais. O maior rigor para a requisição de dados é verificado a partir das exigências de: (i) ato administrativo próprio; (ii) prévia requisição da informação ao sujeito passivo seu titular; e (iii) demonstração da indispensabilidade da medida. Essa última exigência, conforme visto das sustentações orais na primeira sessão de julgamento das ADIs e do RE acima estudados, seria a projeção, no âmbito regulamentar, do princípio constitucional da proporcionalidade, em seu subprincípio necessidade.

Em suma: independentemente dos debates acerca da LC nº 105/2001, regulamentada pelo Decreto nº 3.724/2001, embora atribuídos à RFB poderes excepcionais para proceder à quebra de sigilo de dados, procurou-se, de certo modo, resguardar a excepcionalidade dessa medida. Nos termos da própria lei, as instituições financeiras somente estão autorizadas a fornecer à RFB dados

bancários circunstanciados de seus clientes caso haja procedimento fiscal em curso e o contribuinte tenha sido devidamente intimado do início do procedimento para, a qualquer tempo, ter o mais amplo direito a defesa e, no caso de entender que existiria qualquer abusividade, recorrer ao judiciário.

Este pareceu ser o entendimento consente da Corte quando do julgamento conjunto das ADIs nºs 2359, 2386, 2390 e 2397 e do Recurso Extraordinário nº 601.314/SP, julgado em sede de repercussão geral. Cumpre salientar aqui as sugestões do eminente Ministro Ricardo Lewandowski, ainda quando votava o Ministro Barroso, no sentido de que devem sempre ser observadas as garantias do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, que estão previstos no art. 3º, inciso II, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, a qual Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, sem que se olvide a previsão do art. 50 da mesma Lei Federal que determina que os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos.

Assim, conclui-se pela inoponibilidade de sigilo ao contribuinte; ou seja, ao abrir-se o procedimento administrativo que é uma *conditio sine qua non* para que se fale em qualquer requerimento de informações às instituições financeiras, deve haver atenção aos mencionados dispositivos da Lei 9.784/1999, que exige motivação sempre que se nega, afeta ou limita interesse do contribuinte, sendo este imediatamente intimado da abertura do procedimento para que, a qualquer tempo, na eventualidade de entender que qualquer abuso foi ou está em vias de ser perpetrado pela Administração Tributária, possa buscar resguardo judicial para sua causa.

Por fim, ainda que não seja diretamente o objeto do presente trabalho mas tendo em vista os debates nas sessões de julgamento das ADIs, é importante salientar que um aspecto muito importante foram as alterações introduzidas no CTN pela LC nº 104/2001. Isso porque o debate acerca da LC nº 105/2001, leva, ao primeiro olhar, a ideia de que as informações permaneceriam sobre a posse da Administração Tributária pois afinal, como consignado pelo Supremo em controle concentrado de constitucionalidade, há uma transferência de sigilo, não uma quebra do mesmo.

Acontece que a LC nº 104/2001 alterou a redação original do art. 198 do CTN, ao incluir, dentre outros, o inciso II no §1º do referido dispositivo, que prevê mais uma exceção ao intercâmbio de informações sigilosas. Tal dispositivo permite que informações antes protegidas pelo sigilo bancário possam ser fornecidas a outras autoridades administrativas, independentemente do seu âmbito material de atuação.

No que pese esta reflexão, tal dispositivo também acabou sendo declarado constitucional pelo STF (como visto acima), tendo sido feitas as ressalvas para necessidade de regulamentação nos âmbitos estaduais e municipais ao espelho do Decreto n 3.724/2001 para que tais entes da federação também possam requerer às instituições financeiras informações bancárias dos contribuintes.

Desse modo, concluímos o presente trabalho entendendo que há evolução no entendimento do STF em relação à transferência de dever de sigilo às autoridades tributárias, sendo que a questão relativa à transparência fiscal tem se mostrado como objetivo a ser perseguido por qualquer Estado Democrático de Direito na sociedade contemporânea, frente à necessidade de se pagar tributos para que se financiem os direitos e garantias fundamentais, sempre em busca de isonomia entre os contribuintes que deverão pagar tributos de acordo com sua capacidade contributiva, bem como combater crimes de sonegação fiscal, lavagem de dinheiro, evasão e erosão da base tributável.

Não obstante, deve ser feita a ressalva de que a Administração Tributária deve sempre praticar seus atos conforme a previsão legal, de modo que todo o procedimento seja respeitado. Como é de sabença e já afirmado em trabalho anterior<sup>109</sup>, a relação jurídico tributária no Brasil ainda possui traços de desigualdade

---

<sup>109</sup> “É louvável a atitude da autoridade brasileira em se comprometer com os projetos estruturados pelos organismos multilaterais para evitar a erosão da base tributária e a transferência artificial de lucros. Contudo, esse alinhamento com a iniciativa BEPS da OCDE não pode ocorrer pela metade, ou seja, sem o devido respeito às diretrizes estabelecidas no Plano de Ação como um todo. Além disso, é condição sine qua non a observância das garantias prescritas pela Constituição Federal de 1988. Por fim, vale a reflexão de até que ponto se sustenta a notável intenção do fisco brasileiro em melhorar seu relacionamento e comunicação com os contribuintes, quando medidas como aquelas previstas na Portaria RFB nº 1.265/2015 são editadas para lapidar a cobrança administrativa especial no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil.”. CASTILHOS, Timóteo Machado; FRAGOAS, Rodrigo. **A declaração obrigatória de planejamentos fiscais – o BEPS e o direito comparado**. Revista Eletrônica de Direito Tributário da Associação Brasileira de Direito Financeiro. v. 5. nº. 43. On line. 2015.

extrema, sendo necessário que, à luz da última manifestação do STF, seja sempre assegurado ao contribuinte o mais amplo direito à ciência imediata dos atos administrativos, para que, diante de eventuais abusividades, possa se socorrer ao Poder Judiciário.

## REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 14ª Ed., São Paulo: Saraiva. 2008. p. 483-486.

ARAUJO, Luiz Alberto David. Comentário ao artigo 5º, inciso X ao XII. BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; MOURA AGRA, Walber de. (Coords.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense. 2010, p. 109-114.

ARINOS, Afonso. **Algumas Instituições Políticas no Brasil e nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Forense. 1975, p. 58 e segs.

BALEEIRO, Aliomar. **Constituição, história, Brasil. I. Brasil. Constituição 1891**. II. Série. Coleção Constituições brasileiras; v. 2. 3ª ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. 103 p.

BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa. **Constituição, história, Brasil. I. Brasil. Constituição 1846**. II. Série. Coleção Constituições brasileiras; v. 5. 3ª ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. 121 p.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. Interesse Público**. v.3. n. 11. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30918>>. Acesso em: 06.06.2016.

BLANCO, Alejandro Vergara. **El secreto Bancario**. Seminario de Titulación para optar al Grado de Licenciado em la Faculdade de Ciencias Jurídicas y Sociales. 1983.

BRAGA, Rodrigo Bernardes. **Responsabilidade Civil das instituições Financeiras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001, p. 41-57.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Imperio do Brazil de 1824**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em 28.05.2016.

\_\_\_\_\_. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em 28.05.2016.

\_\_\_\_\_. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em 28.05.2016.

\_\_\_\_\_. Constituição (1937). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em 28.05.2016.

\_\_\_\_\_. Constituição (1946). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em 28.05.2016.

\_\_\_\_\_. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em 28.05.2016.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o conselho monetário nacional. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil** do dia 31.12.1964, Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4595.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm)>. Acesso em 29.05.2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Institui o Código Tributário Nacional. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 27 out. 1966. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> . Acesso em 04.06.2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986. Dispõe sobre os crimes contra o sistema financeiro nacional. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil do dia 18.06.1986,** Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7492.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm)>. Acesso em 29.05.2016.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil do dia 11.01.2001,** Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp105.htm)>. Acesso em 29.05.2016.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001. Regulamenta o art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, relativamente à requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil** do dia 11.01.2001, Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2001/d3724.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3724.htm)> . Acesso em 29.05.2016.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 4.489, de 28 de novembro de 2002. Regulamenta o art. 5º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, no que concerne à prestação de informações à Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, pelas instituições financeiras e as entidades a elas equiparadas, relativas às operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil do dia 29.11.2002**, Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2001/d3724.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3724.htm)>. Acesso em 29.05.2016.

\_\_\_\_\_. Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 1.571, de 02 de julho de 2015. Dispõe sobre a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações financeiras de interesse da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB). **Diário Oficial da República Federativa do Brasil** do dia 03.07.2015, Brasília. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=65746&>>. Acesso em 29.05.2016.

CALMON, Eliana. WALD, Arnold (Coord.). **Sigilo Bancário**. Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, p. 7-14.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

CAROMINAS, Joan. **Breve dicionário etimológico de la lengua castellana**. Madrid: Gredos. 1961. p. 514.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 8ª Ed., São Paulo: Saraiva. 1996, p. 369-370.

CASTILHOS, Timóteo Machado; FRAGOAS, Rodrigo. **A declaração obrigatória de planejamentos fiscais – o BEPS e o direito comparado**. Revista Eletrônica de Direito Tributário da Associação Brasileira de Direito Financeiro. v. 5. n. 43. On line. 2015.

CASTRO, Monica Neves Aguir da Silva. **Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Renovar. 2002. p. 67.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão; BRITO, Luiz Navarro de; BALEEIRO, Aliomar. **Constituição, história, Brasil. I. Brasil. Constituição 1867**. II. Série. Coleção Constituições brasileiras; v. 6. 3ª ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. 121 p.

COVELLO, Sergio Carlos. **O sigilo bancário**. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 2001, p.89.

DA SILVA, Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros. 2015, p. 93-211.

DA SILVA PRADO, Marcelo. **O Sigilo bancário e o Direito Tributário**. In. Teses Tributárias. São Paulo: Quartier Latin. 2010. p. 55,-579.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **O Sigilo Bancário, a Lei 9.613/98 e a Intributabilidade do Ilícito**. In Repertório IOB de Jurisprudência. 1ª quinzena de julho de 1998. 3/14531 p. 273.

Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva. 2001, p. 2.568.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. v. 88. Revista da Faculdade de Direito. São Paulo. 1993, p. 439-459.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. n. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997, p. 77.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Sigilo das operações de instituições financeiras**. Revista do Instituto de Advogados de São Paulo. v. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 164-165.

FILHO, Álvaro Mello. **Dimensões jurídicas do sigilo bancário**. Revista Forense. n. 287. 472. Rio de Janeiro: Forense. 1984. 472.

GOMES QUEIROZ, Mary Elbe. **A inexistência de sigilo bancário para o Fisco**. Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. São Paulo: MP Ed., 2005, p. 323–325.

GONZÁLEZ, Eusebio e, LEJEUNE, Ernesto. **Derecho Tributario I**. 2ª Ed., Salamanca: Plaza Universitaria Ediciones. 2000, p. 222-223.

GRACIOLA, Josiane. **Sigilo Fiscal na Constituição Federal e no CTN**. Disponível em: [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=426](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=426). Acesso em 22.05.2016.

GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo. **Direito à Privacidade**. Revista da EMERJ. v1. n° 2. Rio de Janeiro. 2008, p. 51-76.

HENRION, Robert. **Le secret professionnel du banquier**. Institut de Sociologie et l'Université Libre de Bruxelles. Bruxelas, 1968.

LEITE SAMPAIO, J. Adércio. Comentário ao artigo 5º, inciso X. CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Alamedina. 2013, p. 277 - 283.

LOBO TORRES, Ricardo. **Planejamento Tributário – Elisão abusiva e evasão fiscal**. São Paulo: Elsevier – CAMPUS Jurídico. 2012, p. 115-121.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 421-437.

MERLIN CLÈVE; SEHN, Solon. Crimes Fiscais e Sigilo Bancário: Pressupostos e Limites Constitucionais. ESTELLITA SALOMÃO, Heloísa (Coord.). **Direito Penal Empresarial**. São Paulo: Dialética. 2001, 57-74.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 9º ed. Tomo IV - Direitos Fundamentais. Coimbra Editora. 2012. p.338.

MONTEIRO, Carina Villela Andrade. **Direito à privacidade versus direito à informação**. Revista de Informação Legislativa nº 173. Ano 44. Brasília: Unilegis. 2007, p. 27-40.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas. 2000, p. 79-91.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina. 1998, p. 616-617.

NARDELLI, André Rocha; SALLES PARADA, Márcio Henrique. **A possibilidade de transferência de informações bancárias sigilosas para o fisco sem prévia autorização judicial**. Revista de Estudos Tributários e Aduaneiros. Ano I, nº01. Brasília. On line. p. 371-392. Disponível em: <[http://www.revistadareceitafederal.receita.fazenda.gov.br/index.php/revistadareceita\\_federal](http://www.revistadareceitafederal.receita.fazenda.gov.br/index.php/revistadareceita_federal)>. Acesso em 06.06.2016.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituição, história, Brasil. I. Brasil. Constituição 1924**. II. Série. Coleção Constituições brasileiras; v. 1. 3ª ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

PARGA CABRERA, Jimenez Rafael. **El Secreto Bancario em el Derecho Espanhol**. Revista de Derecho Mercantil. v. 113. Madrid, 1969. p. 380.

PETRY, Rodrigo Caramori. **O Sigilo Bancário e a Fiscalização Tributária**. Revista Dialética de Direito Tributário. n. 190. São Paulo: Dialética. 2011, p. 111-129.

POLETTI, Ronaldo. **Constituição, história, Brasil. I. Brasil. Constituição 1934**. II. Série. Coleção Constituições brasileiras; v. 3. 3ª ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

PONTES, Helenilson Cunha. **Ensaio de direito tributário**. São Paulo: MP Ed., 2005, p. 295–326.

PORTO, Walter Costa. **Constituição, história, Brasil. I. Brasil. Constituição 1937**. II. Série. Coleção Constituições brasileiras; v. 4. 3ª ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

REALE, Miguel; GANDRA DA SILVA MARTINS, Ives. **Inconstitucionalidade do Decreto nº. 4.489, de 28 de novembro de 2002, por macular o Processo Legislativo Plasmado na Lei Suprema e infringir Direitos Fundamentais do Cidadão**. Revista Dialética de Direito Tributário. n. 89. São Paulo: Dialética. 2002, p. 145-159.

ROSENBAUM, Léo. Quebra de Sigilo nos Contratos Bancários. WAISBERG, Ivo; ROLIM FERNANDES FONTES, Marcos (Coords.). **Contratos Bancários**. São Paulo: Quartier. 2006, p. 401-428.

SALLES DE TOLEDO, Paulo Fernando Campos. **Sigilo Bancário**. Revista de Direito bancário e Mercado de Capitais. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 219-243.

SANTI, Eurico Marcos Diniz. **Fundamento Jurídico Constitucional do Direito à Prova, as Obrigações Acessórias e o Sigilo Bancário**. In. A Prova no Processo Tributário. São Paulo: Dialética. 2010. p. 53-78.

SANTI, Eurico Marcos Diniz. **Osigilo e a Lei Tributária: Transparência, controle da legalidade, direito à prova e a transferência do sigilo bancário na LC**. In. A Prova no Processo Tributário. São Paulo: Dialética. 2010. p. 183-249.

SCHIMIDT, Gustavo da Rocha. Administração Tributária. LÍVIO GOMES, Marcus; PIETRO ANTONELLI, Leonardo (Coords.). **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo: Quartier. 2010, p. 105-136.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 16<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense. 1999. p. 758.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 358 – 368.

XAVIER, Alberto. **Troca internacional de Informações: as Novas Tendências**. In. Grandes Questões Atuais do Direito Tributário. 13<sup>o</sup> vol. São Paulo: Dialética. 2009, p. 9-25.

WALD, Arnold. **O sigilo bancário no projeto de lei complementar de reforma do sistema financeiro e na lei complementar**. Revista de informação legislativa, v. 29, n. 116, p. 233-252, out./dez. 1992. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176032>>. Acesso em 03.06.2016.