

Coordenador: Fernando Aurelio Zilveti
Editor-chefe: Roberto Ferraz

ISSN 1415-8124

REVISTA

DIREITO TRIBUTÁRIO ATUAL

33



INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

DIALÉTICA

Sigilo Bancário e as Hipóteses de Quebra na Lei Complementar n. 105/2001

Bank Secrecy and Cases of Disclosure in Supplementary Law n. 105/2001

Thaís Chanes de Moraes

Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Pós-graduada em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário. E-mail: thais.moraes@laczmartins.com.br.

Resumo

A proposta deste artigo é fazer uma síntese do debate doutrinário e jurisprudencial sobre o sigilo bancário, isto é, os consensos alcançados e as principais controvérsias. Além disso, o artigo busca diferenciar as situações previstas na Lei Complementar n. 105/2001 e sugerir os limites da atuação fazendária em cada caso.

Palavras-chave: sigilo bancário, fiscalização tributária, LC n. 105/2001.

Abstract

The purpose of this paper is to summarize the legal literature and case law concerning bank secrecy, indicating the consensus achieved and the main outstanding controversies. It also seeks to distinguish the situations provided in Supplementary Law n. 105/2001 and suggests the limits of tax inspections in each case.

Keywords: bank secrecy, tax inspection, LC n. 105/2001.

I. Introdução

A discussão sobre o sigilo bancário e os limites à fiscalização dos órgãos fazendários não é recente, nem de pequeno porte. O tema é motivo de muita polêmica e divide doutrinadores de peso, especialmente após o advento da Constituição de 1988, com a qual o tema ganhou ares constitucionais (e há quem discorde disso)¹.

É dizer, desde os anos 1990 a publicação de artigos científicos sobre o sigilo bancário é uma constante. O mais interessante é que os argumentos citados revelam justificativas jurídicas, econômicas e até mesmo políticas para a questão.

A proposta deste artigo é fazer uma síntese do debate doutrinário e jurisprudencial sobre o tema. Inicialmente, mencionamos os poucos consensos alcançados e as principais controvérsias. Em seguida, tratamos do que acreditamos ser o ponto nevrálgico do dissenso. Finalmente, opinamos sobre qual seria o adequado

¹ Para este autor o tema do sigilo bancário é infraconstitucional. (Cf. LIMA, João Frazão de Medeiros. "Sigilo Bancário não existe constitucionalmente". *IOB - repertório de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*. N. 11. São Paulo, junho de 1997, p. 262).

tratamento dos limites à atuação fazendária em face das hipóteses previstas na Lei Complementar n. 105/2001.

II. Consensos Alcançados

A) O caráter relativo do sigilo bancário

O consenso mais claro no tema do sigilo bancário está em que este não é um direito absoluto. Isto é, trata-se de direito limitado por outros interesses como o interesse público (ou geral)², a ordem pública³, o interesse social e da justiça⁴.

Quanto ao interesse público, há o interesse da fiscalização no sentido de promover a correta aplicação da lei tributária.

Quanto à ordem pública, há a necessidade de prevenir sonegação fiscal, fraudes, lavagem de dinheiro e financiamento de atividades ilícitas, como o narcotráfico e o terrorismo.

Quanto ao interesse social, há a concorrência justa entre os agentes econômicos pela devida repartição da carga fiscal em homenagem aos princípios da capacidade contributiva e da igualdade.

Quanto ao interesse da justiça, há a necessidade de produção de provas diante de indícios de atos ilícitos e crimes fiscais.

Nesse sentido, é senso comum que o sigilo bancário não é direito absoluto, logo, havendo razões relevantes para a sua quebra, esta deve ser determinada. Quem a determina, contudo, é controverso, conforme veremos adiante.

B) Proporcionalidade

Outro ponto consensual diz respeito à proporcionalidade. Uma vez que se trata de sopesamento entre os direitos individuais (qual direito também é controverso) e os interesses públicos, entende-se ser necessário o exame da adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu* da medida.

Note-se que tal exame é realizado em dois momentos, conforme descrito por Gilmar Mendes e Ives Gandra da Silva Martins⁵. Em primeiro lugar, deve ser feito um juízo abstrato de proporcionalidade quanto à própria decisão legislativa. Isto é, se a norma que regula os limites à fiscalização quanto ao sigilo bancário impõe medidas adequadas e necessárias ao interesse da fiscalização sem restrição excessiva dos interesses dos contribuintes. Nesse sentido está a análise da constitucionalidade dos artigos da Lei Complementar n. 105/2001.

² MARTINS, Ives Gandra da Silva; e MENDES, Gilmar. "Sigilo bancário, direito de autodeterminação sobre informações e princípio da proporcionalidade". *IOB - repertório de jurisprudência: tributário e constitucional*. N. 24. São Paulo, dezembro de 1992, p. 438.

³ BETTI, Francisco de Assis. "O sigilo bancário e a nova lei que define o crime 'lavagem de dinheiro': aspectos tributários e penais". *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos* v. 5. Belo Horizonte, 1998, pp. 32-3.

⁴ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. "Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado". *Cadernos de Direito Tributário e de Finanças Públicas* v. 1, n. 1. São Paulo, outubro/dezembro de 1992, p. 149.

⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva; e MENDES, Gilmar. "Sigilo bancário, direito de autodeterminação sobre informações e princípio da proporcionalidade". *IOB - repertório de jurisprudência: tributário e constitucional*. N. 24. São Paulo, dezembro de 1992, p. 437.

Em segundo lugar, deve ser feito um juízo concreto de proporcionalidade quanto à pertinência da quebra ou do uso das informações no caso concreto.

C) *Regulação do procedimento*

O terceiro ponto de consenso diz respeito à necessidade de regulação do procedimento de prestação das informações bancárias.

Trata-se de consagrar o princípio do devido processo legal diante de qualquer medida que implique limitação ou supressão de liberdade (artigo 5º, inciso LIV, da CF/1988).

Sendo assim, não basta o exame de proporcionalidade, é preciso ainda que o legislador fixe as regras para a execução da medida. Consoante discutido pelos autores mencionados, este é o entendimento da Corte Constitucional Alemã que, ao discutir o direito de autodeterminação sobre as informações, citou o chamado “direito à organização e ao processo”⁶.

Na legislação brasileira tal necessidade foi realizada pelos Decretos ns. 3.724/2001 e 4.484/2002, pelos quais se regulam os artigos 6º e 5º, respectivamente, da referida lei complementar. O que também gerou controvérsias quanto à possibilidade de regulamentação do tema por decreto.

D) *Tratamento sigiloso da informação*

Ainda que exista divergência sobre se o sigilo veda apenas a divulgação ao público em geral ou a qualquer terceiro (dentre os quais a Administração Fazendária), todos parecem estar de acordo com o fato de que deve ser mantido o caráter sigiloso das informações.

Nesse sentido, entende-se que com a quebra⁷ do sigilo bancário as informações deverão ser resguardadas pelo sigilo fiscal imposto no art. 198 do Código Tributário Nacional e no art. 5º, parágrafo 5º, da LC n. 105/2001.

Logo, todo agente público deve manter segredo sobre as informações de que tomar conhecimento por razão de seu ofício quanto à situação econômica e financeira, a natureza e o estado das atividades e negócios dos sujeitos passivos e terceiros.

E) *Punição da divulgação ou uso indevido de informações bancárias*

Corolário do ponto anterior é o consenso de que a divulgação ou uso indevido de informações bancárias dos contribuintes pela fazenda pública ou por seus agentes é causa de responsabilidade civil, administrativa e criminal⁸.

Tal entendimento está consubstanciado no art. 11 da Lei Complementar n. 105/2001, o qual prevê não apenas a responsabilização pessoal, mas também a responsabilização objetiva da administração pública.

⁶ *Ibidem*, p. 437.

⁷ Para alguns doutrinadores não há quebra, mas transferência. (Cf. SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. “Sigilo bancário - relatividade frente ao Fisco”. *IOB - repertório de jurisprudência: tributário e constitucional*. N. 5. São Paulo, março de 1995, pp. 98-95)

⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva. “Sigilo bancário e tributário”. *Scientia Iuridica: revista de Direito comparado português e brasileiro* n. 290, v. 50. Braga, maio/agosto de 2001, pp. 63-5.

III. Principais controvérsias

A) Qual o fundamento do sigilo?

Já nas primeiras discussões nos anos 1990 muitas foram as justificativas para a manutenção e a quebra do sigilo bancário.

Dentre as justificativas políticas, cita-se: de um lado, o temor de que a posse de informações bancárias pela fazenda pública se converta em poderoso instrumento de sua sanha arrecadatória, constringendo contribuintes à carga tributária já demasiadamente alta⁹; de outro, o fato de que banco não é esconderijo¹⁰, é dizer, que quem não deve, não teme¹¹.

Em outras palavras, contribuintes alegam que a fiscalização tende a ser discriminatória onerando de maneira pesada o contribuinte que desgraçadamente torna-se alvo do Fisco, enquanto a Administração Pública argumenta que apenas a maior abertura à fiscalização permitiria evitar o excesso de carga tributária sobre os contribuintes honestos que suportam o peso da evasão fiscal.

Dentre as justificativas econômicas, cita-se: de um lado, a necessidade de manter o país atrativo ao investimento externo¹² e garantir o bom funcionamento do sistema financeiro e o fundo de comércio das instituições financeiras; de outro, a efetiva fiscalização como mecanismo de divisão justa do ônus tributário entre competidores no mercado.

Por fim, dentre as justificativas jurídicas, cita-se: de um lado, o segredo profissional (art. 5º, XIV, da CF/1988), a proteção da intimidade e da vida privada (art. 5º, X, da CF/1988) e o sigilo de dados (art. 5º, XII, da CF/1988); de outro, o exercício da fiscalização tributária como função propriamente administrativa (art. 145, parágrafo 1º, da CF/1988)¹³.

Essas justificativas jurídicas utilizadas para a manutenção do sigilo são o que trataremos por fundamentos do sigilo bancário.

a) Segredo profissional

Arnoldo Wald defende que “o sigilo bancário se enquadra no conceito mais amplo de segredo profissional”¹⁴, o que consagra não apenas o interesse do banco e seus clientes, mas também o interesse público na proteção do próprio exercício da atividade bancária.

⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. “Sigilo bancário em matéria fiscal”. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas* n. 12, v. 3. São Paulo, julho/setembro de 1995, p. 73.

¹⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. “Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado”. *Cadernos de Direito Tributário e de Finanças Públicas* n. 1, v. 1. São Paulo, outubro/dezembro de 1992, p. 152.

¹¹ TAGLIAFERRO, Kleber Augusto. “A Constituição Federal e a lei complementar do sigilo bancário: tensão entre princípios”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 66. São Paulo: Dialética, março de 2001, p. 75.

¹² PINTO, Fabiana Lopes. “O sigilo bancário e a Lei Complementar 105/2001”. *Revista de Direito Tributário* n. 86. São Paulo, 2002, p. 241.

¹³ Gilmar Mendes e Ives Gandra citam o direito de autodeterminação sobre as informações presente no Direito alemão. (Cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva; e MENDES, Gilmar. “Sigilo bancário, direito de autodeterminação sobre informações e princípio da proporcionalidade”. *IOB - repertório de jurisprudência: tributário e constitucional*. N. 24. São Paulo, dezembro de 1992, p. 438)

¹⁴ WALD, Arnoldo. “O sigilo bancário no projeto de lei complementar n. 70”. *Cadernos de Direito Tributário e finanças públicas* n. 1. São Paulo, outubro/dezembro de 1992, p. 198.

No mesmo sentido, Hugo de Brito Machado¹⁵ e Fernando Facury Scaff¹⁶ interpretam que o parágrafo único do art. 197 do CTN impõe a prevalência do segredo profissional sobre o dever de prestar informações ao Fisco. Logo, a inclusão das entidades financeiras no inciso II do referido artigo é limitada pelo próprio parágrafo único. Isto é, bancos devem prestar informações sobre terceiros mediante intimação escrita desde que isso não fira o sigilo profissional.

Por sua vez, o Ministério da Fazenda no Parecer n. GQ 110/1996 se manifestou no sentido de que o parágrafo único não poderia limitar a prestação de informações pelos bancos por duas razões. A primeira é a inclusão expressa dos bancos no *caput* do mesmo artigo. A segunda é um questionamento: se houvesse exclusão das operações passivas e ativas e serviços prestados, conforme o art. 38 da Lei n. 4.595/1965, “o que sobraria para justificar a inclusão dos bancos no art. 197 do CTN”¹⁷?

Essa pergunta nos parece pertinente. Afinal, o que é oponível à Fazenda Pública? Qualquer informação do contribuinte? Aparentemente, o art. 197 do CTN prescreve que existem informações detidas pelas instituições financeiras que são oponíveis (vinculadas ao segredo, nos termos do parágrafo único) e outras que não (desvinculadas do segredo, nos termos do inciso II).

Ora, se o parágrafo único referido realmente exclui as operações e serviços, então as instituições financeiras apenas poderiam conceder dados mínimos, dentre os três graus de informação (informações cadastrais, identificação de valores e detalhes das operações)¹⁸? É dizer, apenas poderiam ser fornecidos dados que dizem respeito a informações cadastrais de correntistas?

É uma interpretação possível, ainda assim é de se questionar se após o art. 5º da Lei Complementar n. 105/2001, essa interpretação continuaria vigente. Isso porque a referida lei, também de status complementar, expressamente determina às instituições financeiras o dever de prestar de informações sobre a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados.

Note-se, ainda que se vede a inserção de qualquer elemento que permita identificar a origem ou a natureza dos gastos, a nova lei amplia as informações para aquelas relativas à identificação de valores das operações. Logo, a nova lei determina a inoponibilidade do segredo profissional das instituições financeiras à Fazenda Pública.

Por outro lado, outros autores sequer discutem a limitação do referido parágrafo único, pois acreditam que ele não se aplica ao sigilo bancário. Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho postula, como Aliomar Baleeiro, que os banqueiros não se submetem às mesmas regras éticas e jurídicas do sigilo que o advogado,

¹⁵ MACHADO, Hugo de Brito. “A quebra do sigilo bancário”. *IOB - repertório de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*. N. 9. São Paulo, maio de 2001.

¹⁶ SCAFF, Fernando Facury. “Estado mínimo do contribuinte”. *Revista da Procuradoria Geral do Estado* n. 53, v. 24. Porto Alegre, 2001, pp. 109-110.

¹⁷ ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. “Sigilo bancário e fiscal - submissão da questão ao Judiciário” - Parecer. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 14. São Paulo: Dialética, novembro de 1996.

¹⁸ Essa distinção entre os níveis de informação será analisada adiante. Cf. PETRY, Rodrigo Caramori. “O sigilo bancário e a fiscalização tributária”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 190. São Paulo: Dialética, julho de 2011, pp. 110-29.

médico ou padre, pois só devem ser procurados para negócios lícitos e confessáveis¹⁹. Logo, ainda que se diga que o sigilo bancário é uma espécie de sigilo profissional, essa espécie de sigilo (bancário), por sua particularidade, não poderia ser oponível ao Fisco.

No mesmo sentido, Tercio Sampaio Ferraz Junior diz que “nem todo ofício, porém, está protegido pelo sigilo profissional: só aquele que, por sua natureza exige a confiança ampla no interesse de quem confia”²⁰.

De nossa parte, acreditamos que o sigilo bancário não pressupõe a confiança ampla, logo não é aplicável a ideia de segredo profissional. Nesse sentido, o segredo profissional não fundamenta o sigilo bancário, nem justifica a oponibilidade das instituições financeiras à Fazenda Pública.

b) Sigilo de dados

Antonio Manoel Gonzalez entende que o sigilo bancário se fundamenta no sigilo profissional e no sigilo de dados. O autor diz que a ideia de dados se refere a “informações pessoais em poder dos bancos, entidades financeiras etc., que são indezessáveis”²¹.

Contraopondo-se a isso, Tercio Sampaio Ferraz Junior afirma que por “‘dados’ não se entende o objeto da comunicação, mas uma modalidade tecnológica de comunicação”²². Logo, o que se protege no art. 5º, XII, da CF/1988 é a comunicação restringida (sigilo da comunicação), não os dados armazenados em si mesmos (sigilo da informação).

Essa segunda interpretação nos parece a mais adequada, pois tornar invioláveis os dados em si mesmos seria inviabilizar a fiscalização tributária. Note-se que a competência fiscalizadora do Estado está expressamente prevista em norma também constitucional, como se vê no art. 145, parágrafo 1º.

Logo, não faz sentido, de um lado, atribuir à Administração Tributária a faculdade de identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte e, de outro, tornar os dados invioláveis.

É bem verdade que o referido artigo determina o respeito aos direitos individuais e aos termos da lei, contudo impedir a devassa das informações bancárias não implica inviolabilidade. Nesse sentido, cumpre investigar sobre quais interesses individuais fala a Constituição.

c) Intimidade e vida privada

O fundamento mais recorrente do sigilo bancário está no direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, conforme o art. 5º da CF/1988. Nesse

¹⁹ SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. “Sigilo bancário - relatividade frente ao Fisco”. *IOB - repertório de jurisprudência: tributário e constitucional*. N. 5. São Paulo, março de 1995, p. 95.

²⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. “Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado”. *Cadernos de Direito Tributário e de finanças públicas* n. 1, v. 1. São Paulo, outubro/dezembro de 1992, p. 144.

²¹ GONÇALEZ, Antonio Manoel. “A questão do sigilo bancário para efeitos tributários”. *Cadernos de Direito Tributário e finanças públicas* n. 9, v. 3. São Paulo, outubro/dezembro de 1994, p. 156.

²² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. “Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado”. *Cadernos de Direito Tributário e de finanças públicas* n. 1, v. 1. São Paulo, outubro/dezembro de 1992, p. 145.

sentido, é necessário observar a que se refere a Constituição quando fala de intimidade e vida privada.

Tercio Sampaio Ferraz Junior diferencia privacidade e intimidade. Privacidade “envolve a proteção de formas de convivência”, “situações em que a comunicação é inevitável”²³. Logo, abrange direitos que demarcam a individualidade em face de outros, como o direito ao nome e à reputação.

Intimidade é “âmbito exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social”. Portanto, abrange direitos exclusivos ou próprios exercidos perante outros, como o direito de preservar seus segredos íntimos e próprias convicções.

No mesmo sentido, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho entende que o direito à intimidade é o direito de estar sozinho, enquanto o direito à vida privada é o direito de partilhar algo a um grupo restrito de pessoas mais íntimas²⁴.

Ambos os casos revelam a proteção da individualidade relacionada aos direitos de personalidade. Nesse sentido, questiona-se: dados patrimoniais fazem parte da personalidade?

Para Ives Gandra da Silva Martins a privacidade, entendida como elemento da personalidade, “não diz respeito apenas a aspectos íntimos, mas também a externalidade, como, por exemplo, os dados patrimoniais”²⁵.

No mesmo sentido, Paulo Roberto Lyrio Pimenta afirma que o art. 5º, X, da CF/1988 “tem amplo alcance, abarcando inclusive os dados relacionados às contas bancárias”.

Contrariamente, Américo Bedê Freire Júnior entende ser duvidoso confundir intimidade com vil metal²⁶. Na mesma esteira, Luiz Antônio Bins argumenta que transações financeiras não caracterizam situações de intimidade ou privacidade, “face ao total descolamento do que caracteriza direitos inatos, imanentes à condição de pessoa humana”. Diz ainda que “uma operação bancária, ao gerar novas relações com terceiros, já deixa de ser algo íntimo, particular, para ser um fato social”²⁷.

Aurélio Pitanga Seixas Filho postula também que atividade econômica extrapola a privacidade e a intimidade para a vida em sociedade, afinal “o cidadão, empresário ou comerciante, de uma forma ou de outra tem que prestar contas a seus sócios, ao Fisco, a seus credores, aos consumidores, (...) enfim todos aqueles com quem se relacionar”²⁸.

²³ *Ibidem*, p. 143.

²⁴ SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. “O sigilo bancário e a Administração Tributária”. *Revista Fórum de Direito Tributário* n. 34, v. 6. Belo Horizonte: Fórum, julho/agosto de 2008, pp. 41-2.

²⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva. “Sigilo bancário e tributário”. *Scientia Iuridica: revista de Direito comparado português e brasileiro* n. 290, v. 50. Braga, maio/agosto, p. 51.

²⁶ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. “A possibilidade de quebra do sigilo bancário por parte da receita federal como forma de viabilizar a justiça fiscal”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 97. São Paulo, outubro de 2003, p. 17.

²⁷ BINS, Luiz Antônio. “O sigilo bancário e sua inoponibilidade perante o Fisco”. *Direito Tributário em questão*. N. 1, v. 1. Porto Alegre, 2008, p. 139.

²⁸ SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. “O sigilo bancário e o direito à intimidade e privacidade das pessoas”. *Revista Tributária e de finanças públicas* n. 42, v. 10. São Paulo, janeiro/fevereiro de 2002, p. 243.

Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho questiona ainda a existência de privacidade e intimidade tendo em vista que as pessoas estão obrigadas a prestar informações patrimoniais ao Fisco a título de IRPF ou IRPJ, e as sociedades anônimas estão obrigadas a publicar seus balanços em jornais de alta circulação²⁹.

Interessante é o julgamento do Supremo Tribunal da Espanha (*Sentencia* n. 1.950/2000)³⁰ sobre o tema, o qual traz uma posição intermediária. Decidiu-se que alguns dados patrimoniais podem ser, sim, afeitos ao direito de personalidade, enquanto outros não. É dizer, a revelação de determinados dados econômicos viola a intimidade, enquanto a de outros não a viola.

Essa nos parece a interpretação mais adequada, conforme descreveremos adiante ao tentar responder quais dados violam a intimidade e quais não. Defendemos, portanto, que o sigilo bancário tem fundamento na intimidade, todavia nem todos os dados bancários se relacionam a ela.

d) Outros fundamentos

Segundo Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho, o “direito à privacidade não está suficientemente delimitado no corpo constitucional”³¹, logo “só se pode chegar à indução de que o sigilo bancário estaria incluso nos direitos à intimidade e à privacidade por mera construção interpretativa”³². Nesse sentido, o sigilo bancário estaria mais diretamente relacionado com a proteção do direito à propriedade³³.

Além disso, há quem diga que o sigilo bancário não é tema constitucional, mas infraconstitucional, como João Frazão de Medeiros Lima. O autor defende que o sigilo “existe, apenas, em função do art. 38 da Lei n. 4595/64”. Logo, a inoponibilidade ao Fisco já estaria prevista pela própria lei nos parágrafos 5º e 6º do referido artigo³⁴.

Na mesma linha, em artigo posterior, Luiz Antônio Bins, fundamenta o sigilo bancário na teoria legalista, a saber, na Lei Complementar n. 105/2002³⁵.

²⁹ SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. “O sigilo bancário e a Administração Tributária”. *Revista Fórum de Direito Tributário* n. 34, v. 6. Belo Horizonte: Fórum, julho/agosto de 2008, p. 40.

³⁰ A *Sentencia* n. 1950/2000 diferencia dados econômicos e dados privados. Contudo, é preciso ter cuidado em sua análise. De um lado, ela afasta a ideia de que dados econômicos e dados privados são necessariamente coincidentes, isto é, nega que todo dado econômico é pessoal e protegido pelo direito à intimidade. Por outro lado, não afirma que essas qualidades são excludentes, ou seja, que ou o dado é econômico ou é pessoal. Logo, um dado econômico pode ser também pessoal e protegido pelo direito à intimidade. (Cf. ESPANHA. Tribunal Supremo de Espanha. *Sentencia 1.950/2000*, N. de recurso 3931/1995, Relator Pascual Sala Sanchez, julgado em 11.3.2000)

³¹ SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. “Sigilo bancário - relatividade frente ao Fisco”. *IOB - repertório de jurisprudência: tributário e constitucional*. N. 5. São Paulo, março de 1995, p. 98.

³² SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. “O sigilo bancário e o Fisco (uma análise constitucional)”. *IOB - repertório de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*. N. 15. São Paulo, agosto de 2001, p. 446.

³³ *Ibidem*, p. 444.

³⁴ LIMA, João Frazão de Medeiros. “Sigilo bancário não existe constitucionalmente”. *IOB - repertório de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*. N. 11. São Paulo, junho de 1997, p. 262.

³⁵ BINS, Luiz Antônio. “O sigilo bancário e sua inoponibilidade perante o Fisco”. *Direito Tributário em questão*. N. 1, v. 1. Porto Alegre, 2008, p. 151.

B) *Há direito ao sigilo?*

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior, é equivocado falar em direito ao sigilo, pois este não é o bem protegido (objeto do direito fundamental). Sigilo “diz respeito à faculdade de agir (manter em sigilo, resistir ao devassamento), conteúdo estrutural do direito”. Em outras palavras, é liberdade de negação³⁶.

Nesse sentido, a faculdade (conteúdo) do sigilo pode servir a diversos bens jurídicos. Quanto à intimidade e privacidade, é “a integridade moral do sujeito”³⁷. Quanto ao sigilo profissional, “a confidência, mesmo ilegal, que o profissional ouve em razão de ofício”³⁸. Quanto ao sigilo de dados, “a comunicação restringida”.

Posto desse modo, resta concluir que não há direito ao sigilo, pois o sigilo trata de uma faculdade que visa proteger bens jurídicos. A próxima pergunta seria: protege contra que e quem?

Considerando que o sigilo bancário se fundamenta na intimidade e privacidade, como sugerimos, resta-nos saber que tipo de devassamento é vedado e a quem. Esse ponto é outro dissenso entre doutrinadores.

Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho cita decisão do antigo Tribunal Federal de Recursos (TRF), segundo a qual só há violação do sigilo quando há divulgação ao público (em geral) das informações bancárias. Nesse sentido, a mera transferência do sigilo bancário para o sigilo fiscal imposto à administração fazendária não seria violação do sigilo³⁹.

No mesmo sentido, Kleber Augusto Tagliaferro postula “não haver absoluta supressão de intimidade, mas sua mera flexibilização com a transferência do dever de sigilo antes atribuído somente aos agentes bancários”.

Fernando Lemme Weiss também afirma que “sigilo importa vedação à divulgação, mas não ao acesso reservado e regular por quem tem legítimo interesse em receber seus créditos”⁴⁰.

Hugo de Brito Machado é contrário à referida jurisprudência do antigo TRF por duas razões. A primeira é ser tal entendimento anterior à Constituição de 1988. A segunda é acreditar que praticamente já não mais existe sigilo fiscal em virtude das alterações nos artigos 198 e 199 do CTN promovidas pela Lei Complementar n. 104/2001.

Por sua vez, Rodrigo Caramori Petry afirma que “o sigilo bancário protege qualquer divulgação de informação bancária fora dos muros da instituição finan-

³⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. “Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado”. *Cadernos de Direito Tributário e de finanças públicas* n. 1, v. 1. São Paulo, outubro/dezembro de 1992, p. 144.

³⁷ *Ibidem*, p. 141.

³⁸ *Ibidem*, p. 144.

³⁹ SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. “Sigilo bancário e a Administração Tributária”. *Cadernos de Direito Tributário e finanças públicas* n. 11, v. 3. São Paulo, abril/junho de 1995, pp. 58-9. No mesmo sentido: BINS, Luiz Antônio. “O sigilo bancário e sua inoponibilidade perante o Fisco”. *Direito Tributário em questão*. N. 1, v. 1. Porto Alegre, 2008, pp. 151-2; SILVA, Mauro. “O controle da legalidade do ato administrativo que determina a quebra do sigilo bancário para o Fisco federal”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 122. São Paulo: Dialética, novembro de 2005, p. 75.

⁴⁰ WEISS, Fernando Lemme. “O sentido e a abrangência do sigilo fiscal”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 178. São Paulo: Dialética, julho de 2010, p. 73.

ceira”. Ainda que comporte relativizações, “isso não quer dizer que o repasse das informações bancárias ao Fisco não implique em quebra”⁴¹.

Logo, para estes outros autores a intromissão de qualquer terceiro (dentre os quais, a Fazenda Pública) na relação estabelecida entre banco e cliente já seria motivo de quebra do sigilo bancário e não mera transferência.

Posto isso, respondemos à questão: a faculdade do sigilo se dirige contra qualquer terceiro, de tal sorte que a intromissão deste já traduz quebra de sigilo, contudo, o sigilo não é absoluto, comportando relativizações quando há interesse relevante consagrado na Constituição.

O interesse da fiscalização é consagrado no texto constitucional, logo parece ser um interesse relevante que poderia justificar a violação do sigilo bancário. Entretanto, duas observações são necessárias. Em primeiro lugar, a própria Constituição determina que a fiscalização deve obedecer aos direitos individuais. Em segundo lugar, a intimidade e a vida privada são consagradas como direitos individuais no art. 5º. Isso remete a duas questões também controversas: o sigilo bancário está fundamentado em cláusula pétrea? Se sim, cláusulas pétreas podem ser relativizadas?

C) O sigilo é cláusula pétrea?

Antônio Manoel Gonçalves⁴² e Ives Gandra da Silva Martins⁴³ defendem que a privacidade e o sigilo de dados constituem cláusulas pétreas e não podem ser alterados por emenda constitucional.

No mesmo sentido, Fernando Facury Scaff defende que o “princípio” do sigilo bancário se reveste da característica de cláusula pétrea da Constituição como direito e garantia individual, porque sua gênese (direito à intimidade e sigilo das comunicações) está no capítulo dos direitos e garantias individuais.

Por outro lado, Hugo de Brito Machado está entre os que não interpretam o sigilo como cláusula pétrea⁴⁴. Segundo o autor, se tal entendimento fosse adotado impedir-se-ia a fiscalização tributária, transformando-se o tributo em prestação voluntária, já que dependente da boa vontade do contribuinte.

Acreditamos ser necessária uma observação: uma coisa é a faculdade do sigilo, outra o seu fundamento. A faculdade do sigilo bancário, por si mesma, não é cláusula pétrea, contudo, é cláusula pétrea o seu fundamento (intimidade e vida privada). Nesse sentido, resta observar a segunda pergunta sobre a possibilidade de relativização das cláusulas pétreas.

De acordo com o art. 60, parágrafo 4º, IV, da CF/1988, são vedadas emendas constitucionais tendentes a abolir os direitos e as garantias individuais. Ora, a

⁴¹ PETRY, Rodrigo Caramori. “O sigilo bancário e a fiscalização tributária”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 190. São Paulo: Dialética, julho de 2011, p. 116.

⁴² GONÇALEZ, Antonio Manoel. “A questão do sigilo bancário para efeitos tributários”. *Cadernos de Direito Tributário e finanças públicas* n. 9, v. 3. São Paulo, outubro/dezembro de 1994, pp. 155-6.

⁴³ MARTINS, Ives Gandra da Silva. “Sigilo bancário em matéria fiscal”. *Cadernos de Direito Tributário e finanças públicas* n. 12, v. 3. São Paulo, julho/setembro de 1995, p. 69; MARTINS, Ives Gandra da Silva. “Sigilo bancário e tributário”. *Scientia Iuridica: revista de Direito comparado português e brasileiro* n. 290, v. 50. Braga, maio/agosto de 2001, p. 49.

⁴⁴ SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. “Sigilo bancário e a Administração Tributária”. *Cadernos de Direito Tributário e finanças públicas* n. 11, v. 3. São Paulo, abril/junho de 1995, p. 61.

Constituição fala em abolir, o que traz a pergunta: por abolir se compreende apenas a supressão ou também a alteração? Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho cita o entendimento do Ministro Moreira Alves no sentido de que a Constituição não pretende tornar as cláusulas pétreas algo insusceptível de alterações, pois pode haver alteração tolerável “até imediatamente antes do ponto em que se caracteriza a tendência à abolição”⁴⁵. No entanto, o que é tolerável e o referido ponto não estão claros.

Por sua vez, Hamilton Dias de Souza cita o entendimento do Ministro Paulo Brossard, segundo o qual a Constituição veda abolir, não alterar, modificar ou reduzir⁴⁶. Nesse sentido, Hamilton afirma que, tratando-se de cláusula pétrea, “deve-se verificar se se está em face de algo que altera substancialmente o direito conferido pelo artigo 5º (...) ou se se trata de norma que apenas delimita o direito individual, mas não o suprime”. No que diz respeito ao sigilo bancário, especificamente, este autor manifesta que a violação diretamente pelos agentes fazendários não é caso de mera delimitação, mas de alteração substancial⁴⁷.

Posto isso, se o interesse da fiscalização é consagrado pela Constituição e a proteção à intimidade e à vida privada pode ser delimitada, parece-nos ser possível a busca de meios que garantam a efetividade aos procedimentos de fiscalização e que, mesmo quebrando o sigilo bancário, não violem a intimidade de maneira desproporcional e inconstitucional. É o que discutiremos adiante ao diferenciar as situações previstas nos arts. 5º e 6º da LC n. 105/2001.

D) *Que tipo normas rege o sigilo bancário?*

Outra grande discussão diz respeito ao status das normas que regem o sigilo bancário, pois o art. 192 da Constituição Federal determina que o sistema financeiro nacional seja regulado por leis complementares.

Antes do advento da Constituição o sistema financeiro era regulado pela Lei ordinária n. 4.595/1964, a qual foi recepcionada pelo mencionado artigo como lei complementar. Sendo assim, surge a pergunta: o sigilo bancário e sua quebra devem ser regulados apenas por lei complementar?

Geraldo de Camargo Vidigal cita a opinião do ministro Sidney Sanches, pela qual “somente por lei complementar uma⁴⁸, que dê estrutura a todo o sistema bancário, pode ser alterada norma contida na Lei n. 4.595/64”⁴⁹.

⁴⁵ SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. “O direito do contribuinte ao sigilo bancário”. *IOB - repertório de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*. N. 9. São Paulo, maio de 2000, p. 223.

⁴⁶ SOUZA, Hamilton Dias de. “Sigilo bancário e o direito a liberdade”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 51. São Paulo: Dialética, dezembro de 1999, p. 65 (nota de rodapé nº 17).

⁴⁷ *Ibidem*, p. 65.

⁴⁸ A redação original do art. 192 da CF dizia “regulado em lei complementar”, mas não exigia que a regulação do sistema financeiro nacional fosse realizada por uma única lei. Com a emenda constitucional n. 40/2003 a redação do artigo foi alterada para “regulado por leis complementares”. Ou seja, atualmente não faz sentido exigir uma única lei regulando o sistema financeiro nacional. Ainda que a LC n. 105/2001 tenha sido promulgada antes da referida emenda, não nos parece que violou o preceito constitucional, pois esse não exigia verdadeiramente uma única lei.

⁴⁹ VIDIGAL, Geraldo de Camargo. “Devolução do IPMF: deve ser feita através dos bancos”. *Cadernos de Direito Tributário e finanças públicas* n. 6, v. 2. São Paulo, janeiro/março de 1994, p. 68.

No mesmo sentido, Arnaldo Wald e Ives Gandra da Silva Martins postulam que o sigilo bancário deve ser regulado “mediante uma única lei complementar, que deverá tratar exaustivamente do assunto”⁵⁰.

Na mesma linha, Carlos Henrique Abrão critica o art. 8º da Lei n. 8.021/1990 (sobre identificação de contribuintes) que prevê a possibilidade de informe por instituições financeiras. O autor entende que essa lei ordinária adentrou matéria de sigilo e “a legislação bancária tem conotação de natureza complementar e nesse diapasão desmerece ataques direto ou indireto por norma inferior”⁵¹.

Por outro lado, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho afirma que mera regulamentação quanto à periodicidade e ao limite de valores deve ser disciplinada por normas infralegais, “pois elas estão sujeitas às constantes mutações de conveniência da fiscalização, pelas próprias variações da economia, ou da inflação, ou de capacidade de análise desses dados, por parte da Receita Federal do Brasil”⁵².

Não concordamos com esse argumento, pois em matéria de fiscalização acreditamos que não há espaço para conveniências administrativas. Trata-se de buscar medidas proporcionais dentro da técnica de cada imposto que atendam ao interesse da arrecadação, ao interesse da fiscalização e também aos interesses individuais. Mais interessantes são dois outros argumentos trazidos pelo autor.

O primeiro é que o dever de informar ao Fisco decorre de obrigação acessória, matéria de legislação tributária (art. 113, parágrafo 2º, do CTN), logo passível de regulação por atos normativos expedidos pelo poder executivo⁵³.

O segundo é que, mesmo que a transferência de dados bancários deva, em tese, ser disciplinada por lei complementar, como o art. 5º não envolve matéria sigilosa (meros dados cadastrais e valores globais), é cabível e razoável a regulação por ato infralegal⁵⁴.

Acreditamos que responder a essa questão exige outros questionamentos. Ora, a que se refere o art. 192 quando menciona regulação do sistema financeiro nacional? Parece-nos que o mandamento se relaciona à estruturação do sistema financeiro, isto é, dos pilares jurídicos que o viabilizam.

Nesse sentido, pergunta-se: como se relaciona a quebra de sigilo e a regulação do sistema financeiro? O sigilo bancário é algo que pode ser considerado como parte estrutural do sistema financeiro nacional? Parece-nos que sim. Ainda que não seja tão decisiva quanto as atribuições do banco central, a regulamentação do sigilo bancário é fundamental para o próprio exercício da atividade bancária.

Sendo assim, faz sentido a exigência de lei complementar para regulamentar a matéria, pelo que o art. 113, parágrafo 2º, do CTN deve ser interpretado em conformidade com a Constituição. O referido artigo não dá um “cheque em bran-

⁵⁰ WALD, Arnaldo; e MARTINS, Ives Gandra da Silva. “A Constituição e o sigilo bancário”. *Cadernos de Direito Tributário e finanças públicas* n. 23, v. 6. São Paulo, abril/junho de 1998, p. 23.

⁵¹ ABRÃO, Carlos Henrique. “Os sigilos bancários e fiscal na cobrança da dívida ativa”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 30. São Paulo: Dialética, março de 1998, p. 15.

⁵² SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. “O sigilo bancário e a Administração Tributária”. *Revista Fórum de Direito Tributário* n. 34, v. 6. Belo Horizonte: Fórum, julho/agosto de 2008, p. 37.

⁵³ *Ibidem*, p. 37.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 88.

co” à Administração. Todo dever instrumental, ainda que regulamentado por legislação tributária, deve sempre encontrar fundamento na lei *stricto sensu*, em obediência ao art. 5º, II, da Constituição. No que diz respeito aos deveres instrumentais envolvendo o sigilo bancário a exigência se intensifica, pois é necessária lei complementar que os fundamente.

Uma vez editada a Lei Complementar n. 105/2001, a questão se volta, portanto, em saber quais são os casos previstos de prestação de informações e se estão bem regulados. Em termos práticos, cumpre verificar dois aspectos: (1) a constitucionalidade dos casos previstos na LC n. 105/2001; e (2) se os Decretos n. 3.724/2001 e n. 4.489/2002 encontram nessa lei seus fundamentos, ou, ao contrário, tentam sustentar a constitucionalidade da própria lei⁵⁵.

Entendemos que é preciso diferenciar as hipóteses do art. 5º (prestação de informação pelas instituições financeiras) e do art. 6º (quebra direta pelo Fisco do sigilo bancário) da LC n. 105/2001, conforme veremos adiante.

E) O sigilo bancário demanda reserva de jurisdição?

Em face do art. 5º, XXXV, da CF/1988, não se nega a possibilidade de apreciação da legalidade dos atos de fiscalização pelo poder judiciário. Todavia, o momento em que isso deve ser feito - isto é, se há controle prévio ou posterior - é o coração da polêmica envolvendo o sigilo bancário.

Afinal, a Administração pode quebrar diretamente o sigilo bancário dos contribuintes ou depende da anuência do poder judiciário? Diversos são os argumentos para ambos os lados.

Entre aqueles que defendem a necessidade de determinação judicial, fala-se em necessidade de relevante interesse público, análise por órgão imparcial, excepcionalidade da medida e existência de indícios de prática delituosa.

Entre aqueles que defendem o acesso direto aos dados bancários pela Fazenda Pública, fala-se em previsão constitucional expressa da faculdade de fiscalizar, ausência de reserva de jurisdição e cláusula pétrea da separação dos poderes.

a) Sopesamento face relevante interesse público

Fernando Facury Scaff manifesta o entendimento do ministro Octávio Gallotti para quem é facultada ao juiz a providência de quebra do sigilo no caso de relevante interesse público⁵⁶.

Arnold Wald acredita ser impróprio dar poderes “às autoridades administrativas para que, arbitrariamente, possam exigir das instituições financeiras informações sobre as movimentações bancárias dos cidadãos”⁵⁷. Isso porque enten-

⁵⁵ Hugo de Brito Machado traz interessante advertência dizendo que “não tem nenhuma consistência jurídica a afirmação de constitucionalidade de uma lei escorada em restrição que lhe impõe um decreto”. A referência é o Decreto n. 3.724/2001, que regula o art. 6º da LC n. 105/2001. (MACHADO, Hugo de Brito. “A quebra do sigilo bancário”. *IOB - repertório de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*. N. 9. São Paulo, maio de 2001, p. 253)

⁵⁶ SCAFF, Fernando Facury. “Estado mínimo do contribuinte”. *Revista da Procuradoria Geral do Estado* n. 53, v. 24. Porto Alegre, 2001, p. 109.

⁵⁷ WALD, Arnoldo. “Sigilo bancário e os direitos fundamentais”. *Cadernos de Direito Tributário e finanças públicas* n. 22, v. 6. São Paulo, janeiro/março de 1998, p. 26.

de ser o Poder Judiciário aquele que deve verificar a “existência de interesse público que justifique o sacrifício do direito à privacidade e à intimidade”⁵⁸.

No mesmo sentido, Geraldo de Camargo Vidigal entende que “haveria grande risco de armar as autoridades fazendárias do poder de suspender o direito/dever de sigilo bancário, não havendo razão alguma para que elas não requeiram tal medida do poder judiciário”⁵⁹. Isso porque o autor vê a violação do sigilo bancário como uma ameaça ou lesão à própria liberdade individual, o que somente poderia ser efetuado por ordem judicial⁶⁰.

Ives Gandra da Silva Martins concorda com o entendimento do ministro Maurício Corrêa, segundo o qual o sigilo só pode ser rompido “em casos especiais onde há prevalência do interesse público e, mesmo assim, por determinação judicial”⁶¹.

Por fim, Gilmar Mendes e Ives Gandra citam o juízo do ministro Rodrigues Alckmin para defender que cabe ao “poder judiciário, em última instância, apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não”⁶².

Por essas razões, Arnaldo Wald e Ives Gandra citam decisão do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “apenas o poder judiciário, por um dos seus órgãos, pode eximir as instituições financeiras do dever de segredo em relação às matérias arroladas na lei”⁶³.

Em síntese, o argumento que subjaz essas afirmações é: cabe apenas ao Judiciário permitir a violação de direito individual face a relevante interesse público.

b) Imparcialidade do órgão que determina a quebra

Ives Gandra da Silva Martins reporta o juízo do Ministro Carlos Velloso para quem “a quebra não pode ser feita por quem não tem o dever de imparcialidade”, já que se trata de direito com status constitucional⁶⁴. O ministro entende que apenas o Poder Judiciário tem o dever de ser imparcial, sendo necessária sua anuência para a quebra do sigilo.

Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho rebate tal argumento afirmando que o art. 37 da CF/1988 impõe à Administração Pública “os princípios da impessoalidade (ou finalidade) e da moralidade administrativa, o que implica a imparcialidade da administração pública”⁶⁵.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 31.

⁵⁹ VIDIGAL, Geraldo de Camargo. “Devolução do IPMF: deve ser feita através dos bancos”. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas* n. 6, v. 2. São Paulo, janeiro/março de 1994, p. 70.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 75.

⁶¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. “Sigilo bancário em matéria fiscal”. *Cadernos de Direito Tributário e finanças públicas* n. 12, v. 3. São Paulo, julho/setembro de 1995, p. 72.

⁶² MARTINS, Ives Gandra da Silva; e MENDES, Gilmar. “Sigilo bancário, direito de autodeterminação sobre informações e princípio da proporcionalidade”. *IOB - repertório de jurisprudência: tributário e constitucional*. N. 24. São Paulo, dezembro de 1992, p. 437.

⁶³ WALD, Arnaldo; e MARTINS, Ives Gandra da Silva. “A Constituição e o sigilo bancário”. *Cadernos de Direito Tributário e finanças públicas* n. 23, v. 6. São Paulo, abril/junho de 1998, p. 24.

⁶⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva. “Sigilo bancário e tributário”. *Scientia Iuridica: revista de Direito comparado português e brasileiro* n. 290, v. 50. Braga, maio/agosto de 2001, p. 54.

⁶⁵ SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. “O sigilo bancário e o Fisco (uma análise constitucional)”. *IOB - repertório de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*. N. 15. São Paulo, agosto de 2001, p. 446.

De nossa parte, acreditamos que cada qual trata de uma faceta distinta da imparcialidade. Oswaldo Othon fala na atuação imparcial voltada ao interesse público e o Ministro Carlos Velloso de impedir que alguém seja, simultaneamente, parte e juiz.

Nesse sentido, é pertinente a exigência feita pelo referido ministro. Ainda que a Fazenda Pública deva atuar visando o interesse público (primário) é temeroso permitir a violação direta de um direito fundamental por quem é parte e juiz.

Hamilton Dias de Souza compartilha desse entendimento, pois afirma que “se a quebra do sigilo bancário é feita pelo mesmo órgão que investiga e que acusa, há uma concentração de poder nas mãos de um, sem que tal seja contrastado por outro poder, como o Judiciário.”⁶⁶

c) *Excepcionalidade e prática delituosa*

Vittorio Cassone menciona decisão do STJ (REsp n. 115.063/DF), segundo a qual a quebra do sigilo é medida excepcional e determinada pelo Judiciário e não pelo Fisco em processo administrativo⁶⁷. No mesmo sentido, manifesta-se Hamilton Dias de Souza exigindo circunstâncias especialíssimas e determinação do poder judiciário⁶⁸.

Trata-se da ideia de que a inviolabilidade do sigilo bancário é regra, mas que pode ser relativizada diante de hipóteses específicas. A principal delas (para alguns autores, a única) é a existência de indícios de prática delituosa⁶⁹.

Carlos Henrique Abrão defende que a proteção do sigilo bancário visa assegurar absoluta confidencialidade, somente desconfigurada ante subsídios seguros de eventual delito tributário ou para auxílio na descoberta de elementos que permitam localizar o patrimônio do executado⁷⁰.

Hugo de Brito Machado cita o entendimento de Celso de Melo, segundo o qual a quebra tem caráter de excepcionalidade e deve ser determinada com cautela e prudência pelo poder judiciário, quando existentes fundados elementos de suspeita de prática delituosa⁷¹.

⁶⁶ SOUZA, Hamilton Dias de. “Sigilo bancário e o direito à liberdade”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 51. São Paulo: Dialética, dezembro de 1999, pp. 65-6.

⁶⁷ CASSONE, Vittorio. “Capacidade contributiva, progressividade e sigilo bancário. *IOB - repertório de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*. N. 15. São Paulo, agosto de 1999, p. 460.

⁶⁸ SOUZA, Hamilton Dias de. *Op. cit.*, p. 62.

⁶⁹ Outra causa de relativização do sigilo bancário que ganhou respaldo jurisprudência é a fiscalização envolvendo dinheiro público. Trata-se do Mandado de Segurança n. 21.729-DF comentado por Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho, no qual se excepcionou o sigilo bancário em prol do princípio da publicidade, tendo em vista que parte do montante do dinheiro discutido tinha origem pública. (Cf. SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. “O direito do contribuinte ao sigilo bancário”. *IOB - repertório de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*. N. 9. São Paulo, maio de 2000, p. 222)

⁷⁰ ABRÃO, Carlos Henrique. “Os sigilos bancário e fiscal na cobrança da dívida ativa”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 30. São Paulo: Dialética, março de 1998, p. 16.

⁷¹ MACHADO, Hugo de Brito. “A quebra do sigilo bancário”. *IOB - repertório de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*. N. 9. São Paulo, maio de 2001, p. 254.

No mesmo sentido, Fabiana Lopes Pinto fala da exigência de autorização expressa do judiciário nos casos onde haja flagrante indício de crime⁷².

d) A previsão do art. 145, parágrafo 1º, da CF/1988

Mantovani Colares Cavalcante argumenta que se a própria Constituição Federal confere diretamente à Administração Tributária a faculdade de identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, a exigência de prévio consentimento da autoridade judicial acarretaria em esvaziamento dessa prerrogativa⁷³.

No mesmo sentido, Aurélio Pitanga Seixas Filho afirma ser uma “extravagância a autoridade judicial receber o poder de tutelar o exercício ordinário de uma função administrativa tributária”⁷⁴.

Fernando Lemme Weiss também postula que as funções administrativas constitucionalmente previstas devem ser exercidas sem necessidade de autorização dos demais poderes, “sob pena de submeter um poder ao outro e turbar enormemente as funções deste”⁷⁵.

Por sua vez, Tarásio Campelo Borges defende que o acesso aos dados de natureza patrimonial detidos pelas instituições financeiras é necessário à Fazenda Nacional tendo em vista o exercício do poder fiscalizador do Estado. Além disso, como o investigado não é privado da liberdade ou de seus bens no curso do procedimento de fiscalização, não seria necessário o devido processo legal ou intervenção judicial⁷⁶.

Nessa esteira, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho afirma que “a autoridade competente para definir se as informações ou documentos solicitados são indispensáveis é a administrativa”⁷⁷.

Em síntese, o argumento que subjaz essas afirmações é: se o próprio constituinte atribui a função fiscalizadora à administração pública, seu exercício não pode estar condicionado por outro poder.

Ainda assim, é preciso observar que a letra do art. 145, parágrafo 1º, da CF/1988 exige que essa atribuição seja exercida nos termos da lei e com o respeito aos direitos individuais. Acreditamos, conforme veremos adiante, que a lei complementar traz hipóteses distintas.

⁷² PINTO, Fabiana Lopes. “O sigilo bancário e a Lei Complementar 105/2001”. *Revista de Direito Tributário* n. 86. São Paulo, 2002, pp. 252-4.

⁷³ CAVALCANTE, Mantovanni Colares. “O sigilo bancário e a tutela preventiva”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 68. São Paulo: Dialética, maio de 2001, p. 94.

⁷⁴ SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. “Quebra do sigilo bancário pela autoridade administrativa”. *Revista Fórum de Direito Tributário* n. 31, v. 6. Belo Horizonte: Fórum, janeiro/fevereiro de 2008, p. 35; SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. “O sigilo bancário e o direito à intimidade e privacidade das pessoas”. *Revista tributária e de finanças públicas* n. 42, v. 10. São Paulo, janeiro/fevereiro de 2002, p. 244.

⁷⁵ WEISS, Fernando Lemme. “O sentido e a abrangência do sigilo fiscal”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 178. São Paulo: Dialética, julho de 2010, p. 77.

⁷⁶ BORGES, Tarásio Campelo. “Sigilo bancário perante a administração tributária federal”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 106. São Paulo: Dialética, julho de 2004, p. 99.

⁷⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva; e MENDES, Gilmar. “Sigilo bancário, direito de autodeterminação sobre informações e princípio da proporcionalidade”. *IOB - repertório de jurisprudência: tributário e constitucional*. N. 24. São Paulo, dezembro de 1992, p. 436.

Logo, quando a quebra do sigilo fere a intimidade, um direito fundamental, parece-nos relevante a exigência de atuação do Poder Judiciário. Contrariamente, quando a prestação de informações bancárias não pode ferir a intimidade, não será necessária a atuação judicial.

e) Inexistência de reserva de jurisdição

Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho afirma que o art. 5º, XII, da CF/1988 prevê “a reserva do Poder Judiciário, unicamente, para a autorização ou não da quebra do sigilo telefônico”, logo “o sigilo bancário não está dentro do âmbito da reserva judicial”⁷⁸. Nesse sentido, cita o entendimento do ministro Sepúlveda Pertence, segundo o qual a quebra ou transferência do sigilo bancário não está coberta pela reserva absoluta de jurisdição⁷⁹.

Na mesma linha, Paulo Roberto Lyrio Pimenta discorda sobre existir uma “cláusula de jurisdição”, “posto que o art. 5º, X, fundamento do sigilo bancário, reafirme-se, não a contém”. Curiosamente, sustenta que a exigência do Poder Judiciário para a quebra do sigilo se justifica por outro fundamento, qual seja, o devido processo legal⁸⁰.

Américo Bedê Freire Júnior argumenta que, quando a Constituição pretende acobertar determinado direito fundamental com a reserva de jurisdição, ela o faz de forma expressa, “logo a intimidade de per si não pode ser sempre considerada como somente atingível por ordem judicial”.⁸¹

Interessante questionamento é trazido por Luiz Antonio Bins, para o qual “inexiste qualquer reserva de jurisdição com amparo constitucional relativamente à quebra de sigilo bancário”: se houvesse reserva de jurisdição, como se explicaria a transferência de informações bancárias pelas instituições financeiras para o Banco Central e pelos próprios agentes financeiros e seus sistemas de cadastro e de proteção de crédito⁸²?

De fato, não existe reserva de jurisdição quanto ao sigilo bancário. Ainda assim, tratando-se de hipótese que possa violar a intimidade, parece-nos melhor entendimento a exigência de atuação do Poder Judiciário no sentido de ponderar a proporcionalidade de medidas restritivas.

f) Separação dos três poderes

Kleber Augusto Tagliaferro defende que a separação dos três poderes se materializa pelos princípios da presunção de legitimidade e da autoexecutoriedade

⁷⁸ SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. “O sigilo bancário e a Administração Tributária”. *Revista Fórum de Direito Tributário* n. 34, v. 6. Belo Horizonte: Fórum, julho/agosto de 2008, p. 51.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 53.

⁸⁰ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. “A quebra do sigilo bancário pelo Fisco: inconstitucionalidades da instrução normativa nº 802/2007 da Receita Federal do Brasil”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 151. São Paulo: Dialética, abril de 2008, p. 84.

⁸¹ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. “A possibilidade de quebra do sigilo bancário por parte da receita federal como forma de viabilizar a justiça fiscal”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 97. São Paulo: Dialética, outubro de 2003, p. 17.

⁸² BINS, Luiz Antônio. “O sigilo bancário e sua inoponibilidade perante o Fisco”. *Direito Tributário em questão*. N. 1, v. 1. Porto Alegre, 2008, p. 150.

de dos atos administrativos, o que consiste na desnecessidade de a Administração Pública recorrer ao Poder Judiciário para a execução de seus atos de polícia⁸³.

Nesse sentido, afirma que a cláusula pétrea da separação dos poderes estaria violada se fosse imposta a exigência de autorização judicial para que o executivo exercesse suas atividades fiscalizadoras próprias. Logo, o controle judicial seria *a posteriori* no caso de lesão ou ameaça a direito, mediante provocação.

Fernando Lemme Weiss critica a exigência de reserva de jurisdição como ofensiva à separação dos três poderes e irônica, por ser evidente que grande parte das fugas tributárias só será conhecida do Fisco se houver prévio acesso aos dados bancários⁸⁴.

Por outro lado, Marcelo Figueiredo argumenta que as reformas para garantir a quebra direta pelo Fisco geram “sensível desequilíbrio entre os poderes do estado”, pois o Judiciário é “afastado de apreciar a razoabilidade e conveniência da ‘quebra de sigilo’”⁸⁵.

A questão é pertinente e, de fato, o Judiciário não pode impedir o exercício de funções próprias da Administração. Entretanto, é preciso observar que existe a possibilidade de que o exercício de função fiscalizatória viole direitos individuais. Sendo esse o caso, entendemos por bem a atuação judicial.

F) A quebra de sigilo bancário exige contraditório e ampla defesa?

A preocupação em preservar os direitos individuais não encontra como única solução a intervenção do Poder Judiciário. Muitos são os autores que exigem as garantias do contraditório e da ampla defesa. No entanto, esse é outro tema em que não há consenso.

Gilmar Mendes e Ives Gandra da Silva Martins exigem concomitantemente Poder Judiciário e as garantias do contraditório e ampla defesa, pois “tal intervenção não se há de verificar à revelia do titular do direito, que deverá ser devidamente notificado das providências requeridas antes mesmo de sua realização”⁸⁶. No mesmo sentido, estão Arnoldo Wald⁸⁷ e Geraldo de Camargo Vidigal⁸⁸ que exigem o Poder Judiciário e o devido processo legal.

⁸³ TAGLIAFERRO, Kleber Augusto. “A Constituição Federal e a lei complementar do sigilo bancário: tensão entre princípios”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 66. São Paulo: Dialética, março de 2001, p. 73.

⁸⁴ WEISS, Fernando Lemme. “O sentido e a abrangência do sigilo fiscal”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 178. São Paulo: Dialética, julho de 2010, p. 78.

⁸⁵ FIGUEIREDO, Marcelo. “O sigilo bancário e fiscal algumas dimensões jurídico-políticas”. *Revista de Direito Tributário* v. 84. São Paulo, 2002, p. 160.

⁸⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva; e MENDES, Gilmar. “Sigilo bancário, direito de autodeterminação sobre informações e princípio da proporcionalidade”. *IOB - repertório de jurisprudência: tributário e constitucional*. N. 24. São Paulo, dezembro de 1992, p. 437.

⁸⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. “Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado”. *Cadernos de Direito Tributário e de finanças públicas* n. 1, v. 1. São Paulo, outubro/dezembro de 1992, p. 207; WALD, Arnoldo. “Sigilo bancário e os direitos fundamentais”. *Cadernos de Direito Tributário e finanças públicas* n. 22, v. 6. São Paulo, janeiro/março de 1998, p. 26.

⁸⁸ VIDIGAL, Geraldo de Camargo. “Devolução do IPMF: deve ser feita através dos bancos”. *Cadernos de Direito Tributário e finanças públicas* n. 6, v. 2. São Paulo, janeiro/março de 1994, p. 75.

Paulo Roberto Lyrio Pimenta exige o Poder Judiciário, mas admite o afastamento daquelas garantias no processo inquisitório. Para este autor, a quebra do sigilo pode ser decretada pelo Judiciário, mediante solicitação da autoridade policial, e o caráter inquisitório posterga o contraditório e a ampla defesa⁸⁹.

José Francisco Lopes de Miranda Leão exige contraditório e ampla defesa, mas permite a quebra direta pela Administração. Diz ser possível, “ainda que fora da função jurisdicional, admitir a quebra do sigilo, porque é razoável que se excepcione uma garantia - como é o sigilo bancário - em benefício de um interesse público, desde que essa exceção ocorra com respeito à garantia maior da participação em contraditório e com ampla defesa do interessado”⁹⁰. Contudo, é preciso observar que o autor defende a quebra em processo administrativo, mas não em mero procedimento de natureza unilateral e inquisitorial.

Edmar Oliveira Andrade Filho admite duas possibilidades de interpretação no tema de quebra do sigilo: “a delibação preliminar da uma autoridade judicial” ou mera “exigência de prévia notificação ao sujeito passivo”. Afirma que a segunda possibilidade, isto é, mera notificação, seria mais adequada, pois não deixa o contribuinte desprotegido (este poderia submeter a questão ao judiciário), nem limita a ação fiscalizadora⁹¹.

Por sua vez, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho não exige atuação judicial e nega a necessidade de contraditório e ampla defesa na fase fiscalizatória porque nesse momento “não se pode dizer que existam litigantes ou acusados”. Logo, apenas com o resultado da fiscalização e eventual lançamento é que se iniciaria a fase contenciosa do processo, na qual aqueles princípios são garantidos⁹².

O autor ainda cita decisão do Supremo na qual se determinou que “o sigilo bancário pode ser transferido sem a necessidade de prévia audiência do investigado”, pois não se cogita da “instauração incidental do contraditório em procedimento nitidamente qualificado pela nota de unilateralidade e da inquisitividade”⁹³.

No mesmo sentido, mas aplicado ao sigilo da comunicação telefônica, o autor menciona o entendimento do Ministro Sepúlveda Pertence, segundo o qual estabelecer um contraditório com quem seria o objeto dessa escuta frustra, antecipadamente, a investigação⁹⁴.

⁸⁹ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. “A quebra do sigilo bancário pelo Fisco: inconstitucionalidades da instrução normativa nº 802/2007 da Receita Federal do Brasil”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 151. São Paulo: Dialética, abril de 2008, p. 84.

⁹⁰ LEÃO, José Francisco Lopes de Miranda. “Sigilo bancário face ao processo administrativo fiscal”. *IOB - repertório de jurisprudência: tributário e constitucional*. N. 14. São Paulo, julho de 1994, p. 280.

⁹¹ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. “Imposto de renda: quebra do sigilo bancário e omissão de receitas e rendimentos”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 70. São Paulo: Dialética, julho de 2001, p. 45.

⁹² SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. “Sigilo bancário - relatividade frente ao Fisco”. *IOB - repertório de jurisprudência: tributário e constitucional*. N. 5. São Paulo, março de 1995, p. 96.

⁹³ Trata-se do Agravo Regimental no Inquérito n. 897-5/DF. (Cf. SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. “O sigilo bancário e a Administração Tributária”. *Revista Fórum de Direito Tributário* n. 34, v. 6. Belo Horizonte: Fórum, julho/agosto de 2008, p. 71)

⁹⁴ *Ibidem*, p. 72.

Eurico Marcos Diniz de Santis também admite a quebra direta pela Administração Fazendária e diz que não há violação do contraditório e da ampla defesa, pois o Decreto n. 3.724/2001 determina a intimidação prévia do contribuinte que “poderá impetrar mandado de segurança e garantir o exercício da ampla defesa e contraditório”⁹⁵.

Não concordamos com esse argumento, afinal cientificação não é o mesmo que contraditório e ampla defesa. Ser notificado de que existe um procedimento de fiscalização de natureza inquisitória, não garante qualquer participação e esse é o cerne do contraditório e da ampla defesa.

De nossa parte, voltamos a afirmar que é preciso distinguir as hipóteses de quebra do sigilo bancário. Uma coisa é a prestação de informações bancárias prevista no *caput* do art. 5º da LC n. 105/2001, outra é a requisição de informações e documentos prevista no parágrafo 4º do referido artigo e, ainda, outra coisa é o exame de documentos, livros e registros previsto no art. 6º da mesma lei.

Cada hipótese traz requerimentos distintos. As duas primeiras prescindem de Poder Judiciário, contraditório e ampla defesa. A última exige anuência do Poder Judiciário e permite o afastamento do contraditório e da ampla defesa no curso de inquéritos judiciais. Esse entendimento será explicado e aprofundado adiante.

G) A quebra do sigilo exige procedimento administrativo, processo administrativo ou processo judicial?

O debate sobre as garantias do contraditório e ampla defesa remete à discussão sobre a necessidade de processo ou procedimento para a quebra do sigilo bancário, o que é bem explicado por Hugo de Brito Machado⁹⁶.

Antes da LC n. 105/2001 o STJ⁹⁷ foi questionado sobre o sentido da expressão “processo” e “autoridade” constantes do art. 38 da Lei n. 4.595/64, oportunidade em que os adjetivou como judiciais. Não se tratava de processo administrativo, mas judicial, nem de autoridade administrativa, mas judicial.

Posteriormente, surgiu a Lei n. 8.021/1990 que se referia a “processo fiscal em curso” e “juízo da autoridade administrativa”. Entretanto, essa lei padecia de inconstitucionalidade formal, em virtude do já discutido art. 192 da CF/1988.

Do mesmo vício não padece a LC n. 105/2001, cujo art. 6º determina a quebra direta pela administração quando há “processo administrativo instaurado” ou “procedimento fiscal em curso”.

Contudo, no Recurso Extraordinário n. 389.808/PR o STF deu interpretação conforme à Constituição ao referido artigo, de tal sorte que a quebra do sigi-

⁹⁵ SANTI, Eurico Marcos Diniz de. “Proteção de dados, sigilo bancário e direito à intimidade em face da administração tributária”. *Revista de Direito Tributário* n. 107/108. São Paulo, 2008/2009, p. 72.

⁹⁶ O autor traz interessante histórico sobre o tema: Cf. MACHADO, Hugo de Brito. “A quebra do sigilo bancário”. *IOB - repertório de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*. N. 9. São Paulo, maio de 2001, pp. 255-4. Há também outro artigo muito interessante sobre a evolução histórica da CPMF. Cf. DENARI, Zelmo. “A CPMF e a quebra do sigilo bancário”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 89. São Paulo: Dialética, fevereiro de 2003, pp. 116-21.

⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Inq. n. 187/DF, Corte Especial, Relator Ministro Sávio de Figueiredo Teixeira, julgado em 21.8.1996, DJ de 16.9.1996.

lo foi submetida à ordem emanada por órgão equidistante, isto é, o Judiciário. Logo, a quebra do sigilo bancário exigiria processo judicial.

Ainda assim, parece-nos difícil falar que a questão restou pacificada pelo Supremo. Em primeiro lugar, porque a decisão foi proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, o que implica serem os efeitos da decisão aplicáveis apenas às partes que litigaram em juízo.

Em segundo lugar, porque a decisão representou, nos dizeres de Ramon Tomazela Santos, “uma inesperada alteração no posicionamento da Corte Suprema”, que semanas antes do julgamento daquele recurso considerou constitucional a quebra administrativa do sigilo na Ação Cautelar n. 33-5/PR⁹⁸.

Em terceiro lugar, porque a votação foi dada em apertada maioria (cinco votos contra quatro). O Ministro Joaquim Barbosa não participou deste julgamento e na ação cautelar referida votou favoravelmente ao Fisco. Além disso, um cargo estava vago, logo não há voto do 11º ministro⁹⁹.

Por fim, cumpre observar que o mencionado recurso não tratou das hipóteses previstas no art. 5º da LC n. 105/2001. O que também deixa essa discussão em aberto.

IV. Ponto Nevralgico do Dissenso

Uma vez analisado o debate doutrinário sobre o sigilo bancário, resta-nos explicitar as questões que acreditamos fundamentais no tratamento do tema.

É inegável que o aspecto mais discutido é o controle prévio ou posterior do poder judiciário, contudo, acreditamos que o ponto nevralgico da discussão é anterior. Afinal, se o que se protege é a intimidade, como os dados bancários se relacionam a ela? Isto é, todos os dados bancários dizem respeito à intimidade do indivíduo ou é possível quebrar o sigilo bancário sem ferir a intimidade?

Pensamos, tal qual Rodrigo Caramori Petry, que nem todos os dados bancários se relacionam à intimidade. Este autor distingue e postula tratamento diferenciado para os dados bancários, dividindo-os em três níveis fundamentais¹⁰⁰.

O nível mínimo compreende dados básicos, como as informações cadastrais dos correntistas e a identificação da espécie de investimento, de poupança ou de guarda de bens. O nível médio compreende a identificação de valores, como valor em moeda dos investimentos, da poupança, dos bens custodiados e o valor global da movimentação financeira por período. O nível avançado compreende os detalhes das operações, como a identificação dos destinos e origens dos recursos movimentados.

Acreditamos que apenas o nível avançado de dados permite violar a intimidade, pois a identificação de gastos e origens demonstra hábitos de consumo, carteira de clientes, fornecedores, estratégia comercial etc.

⁹⁸ SANTOS, Ramon Tomazela. “O sigilo bancário e a mudança na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - análise crítica da decisão proferida no recurso extraordinário n. 389.808 e seus efeitos perante terceiros”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 194. São Paulo: Dialética, novembro de 2011, p. 110.

⁹⁹ Cf. PETRY, Rodrigo Caramori. “O sigilo bancário e a fiscalização tributária”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 190. São Paulo: Dialética, julho de 2011, p. 128 (nota de rodapé nº 54).

¹⁰⁰ *Ibidem*, pp. 112-3.

Por outro lado, os dois primeiros níveis de dados nada dizem sobre as preferências e estado de negócios do sujeito passivo, mas permitem identificar sinais exteriores de riqueza e indícios de crimes fiscais.

Nesse mesmo sentido, Rodrigo Caramori Petry afirma que “a identificação dos montantes globais de movimentação financeira permite ao Fisco apenas verificar se há fatos signo presuntivos de riqueza tributável ou eventuais indícios de sonegação fiscal.”¹⁰¹

Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho também acredita que simples informações cadastrais e valores globais “não estão protegidos por nenhuma das nuances do direito privacidade”¹⁰². O autor ainda complementa a crítica feita por Luiz Antonio Bins sobre os sistemas de cadastro e de proteção de crédito: se o Supremo admitiu legítima a transferência de registros de dados de amplo acesso público destinado à proteção de créditos privados, não há razão para não se admitir a mesma legitimidade aos órgãos públicos para garantir a efetividade do dever de pagar impostos¹⁰³. Afinal, tão importante quanto a eficiência da economia fundada nas relações massificadas de crédito é a eficiência da fiscalização tributária e a igualdade material¹⁰⁴.

Posto isso, defendemos que o acesso a dados de nível avançado é caso de quebra total, viola a intimidade e depende de autorização judicial. Por outro lado, defendemos que o acesso a dados de nível mínimo e médio é caso de quebra parcial, não viola a intimidade e pode ser requerido diretamente pela administração fazendária.

Cumpre, pois, observar o que foi realizado pela LC n. 105/2001.

V. Hipóteses da LC n. 105/2001 e os Limites à Atuação Fazendária

A análise das hipóteses previstas na LC n. 105/2001 permite delinear quais são os limites da atuação fazendária em casa caso. Neste artigo, trataremos apenas de três situações: (1) o *caput* cumulado ao parágrafo 2º do art. 5º; (2) o parágrafo 4º do art. 5º; (3) o art. 6º.

O *caput* do art. 5º determina às instituições financeiras o dever de prestar informações periodicamente sobre as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços. Já o parágrafo 2º do mesmo artigo limita as informações mencionadas no *caput* a informes relacionados à identificação dos titulares das operações e dos montantes globais, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem e natureza dos gastos.

Ora, essa primeira hipótese trata da prestação de informações que não violam a intimidade, ou seja, informações que podem ser objeto de deveres instru-

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 125.

¹⁰² SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. “O direito do contribuinte ao sigilo bancário”. *IOB - repertório de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*. N. 9. São Paulo, maio de 2000, p. 222.

¹⁰³ SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. “O sigilo bancário e o Fisco (uma análise constitucional)”. *IOB - repertório de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*. N. 15. São Paulo, agosto de 2001, pp. 445-4.

¹⁰⁴ SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. “O sigilo bancário e a Administração Tributária”. *Revista Fórum de Direito Tributário* n. 34, v. 6. Belo Horizonte: Fórum, julho/agosto de 2008, pp. 46-7.

mentais, tal qual ocorre com a declaração anual e rendimentos a título de imposto de renda.

Posto isso, acreditamos que o dever postulado no *caput* e limitado pelo parágrafo 2º do art. 5º da LC n. 105/2001 é constitucional e não exige anuência do Poder Judiciário, contraditório, ampla defesa ou motivação.

Uma vez que encontra seu fundamento de validade em lei complementar, a regulamentação do art. 5º da LC n. 105/2001 pelo Decreto n. 4.489/2002 também é constitucional. Contudo, é preciso ter atenção quanto às limitações da atuação fazendária, pois o referido decreto deixa algumas dúvidas.

A primeira delas é o art. 5, IV, no qual se utiliza a expressão “todas as informações relativas às demais modalidades”. Isso porque apenas são objeto desse dever instrumental as informações relativas à identificação e montantes globais. Ou seja, tudo aquilo que permita identificar origem ou destino dos recursos está coberto pelo sigilo bancário e só pode ser prestado após autorização judicial.

No mesmo sentido deve ser interpretado o art. 6º do referido decreto, pois falhas, incorreções ou omissões ensejam “requisição de elementos e documentos necessários” e “procedimento fiscal”, mas estes não podem ultrapassar a vedação contida na lei complementar (art. 5º, parágrafo 2º).

Quanto a segunda hipótese, isto é, o parágrafo 4º do art. 5º da LC n. 105/2001, a situação é parecida. Trata-se da detecção de indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento fiscal, cuja consequência é a permissão à autoridade interessada de requerer informações e documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para apurar os fatos.

Mais uma vez, a requisição de informações, fiscalização ou auditoria deve estar nos limites previstos no parágrafo 2º do referido artigo, caso contrário, adentraria a esfera da intimidade e privacidade e violaria o sigilo bancário de maneira inconstitucional. Logo, tais procedimentos devem ser motivados e adstritos à identificação e aos montantes globais.

Ainda que relativa ao art. 6º da LC n. 105/2001, a crítica de Hugo de Brito Machado nos parece pertinente também a essa segunda hipótese. O autor questiona: “se o fiscal de tributos tem acesso a livros e documentos, é impraticável limitar o alcance visual deste para que nos livros e documentos veja apenas parte do que está registrado.”¹⁰⁵

Caso a falha, a omissão, a incorreção ou o ilícito exijam informações que detalhem a operação financeira, não será caso do parágrafo 4º do art. 5º, mas do art. 6º da lei complementar.

Essa terceira hipótese trata da possibilidade de quebra do sigilo bancário pelas autoridades fiscais, independentemente de autorização judicial, quando há processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, desde que as informações sejam consideradas indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Em outras palavras, traduz a quebra total do sigilo bancário, algo que viola o direito à intimidade e à vida privada. Logo, é acertada a decisão do Supremo

¹⁰⁵ MACHADO, Hugo de Brito. “A quebra do sigilo bancário”. *IOB - repertório de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*. N. 9. São Paulo, maio de 2001, p. 253.

em aplicar interpretação conforme à Constituição, segundo a qual a quebra total é possível, desde que haja anuência do Poder Judiciário em situações de relevante interesse público.

Sendo assim, o art. 6º exige Poder Judiciário, contraditório e ampla defesa (exceto quando há inquérito judicial) e motivação. Além disso, a fiscalização deve estar delimitada quanto ao sujeito, objeto e período em homenagem à Súmula Vinculante n. 439 do STF.

VI. Conclusão

O sigilo bancário é faculdade que protege o direito à intimidade e à vida privada, contudo nem todos os dados bancários revelam aspectos da vida íntima ou privada. Logo, a quebra do sigilo bancário pode violar ou não a intimidade.

Situações diferentes exigem tratamentos jurídicos distintos. Quando há violação da intimidade, com a quebra total do sigilo bancário, é preciso intervenção do Poder Judiciário. Quando não há essa violação, admite-se quebra parcial direta pela Administração Fazendária, via deveres instrumentais, desde que fundada em lei de natureza complementar.

Atualmente, a regulamentação da quebra do sigilo é exercida pela LC n. 105/2001, a qual traz três hipóteses diferentes. O *caput* do art. 5º é caso de mero dever instrumental. Não constitui violação do direito à intimidade, nem exige Poder Judiciário, contraditório, ampla defesa ou motivação. Seus limites são a identificação do usuário e valores globais de movimentação financeira.

O parágrafo 4º do art. 5º lida com procedimentos fiscalizatórios relacionados à quebra parcial de sigilo bancário. Não constitui violação do direito à intimidade, nem exige Poder Judiciário, contraditório e ampla defesa. Todavia, exige motivação, pois é preciso demonstrar haver falha, incorreção, omissão ou indício de delito a justificar o requerimento, fiscalização ou auditoria. Logo, seus limites são aqueles aplicados ao *caput* do art. 5º e o dever de motivar.

O art. 6º é caso de quebra total do sigilo bancário, o que traduz violação do direito à intimidade. Logo exige a intervenção do Poder Judiciário, com todas suas garantias. Ainda assim, o contraditório e a ampla defesa podem ser afastados quando a quebra se dá em sede de inquérito judicial. Seu limite é a delimitação da investigação (quanto ao sujeito, objeto e período), como forma de vedar a prática do *fishing exploitation* criticada por Ives Gandra Martins¹⁰⁶.

Por todo o exposto, cumpre observar que o sopesamento entre o direito à intimidade e o poder-dever de fiscalizar é possível. Nesse sentido, a imposição de deveres instrumentais limitados à identificação e montantes globais representa um mecanismo de suma importância.

De um lado, evita-se a ineficiência de uma administração que só tenha acesso aquilo que é espontaneamente prestado pelos próprios contribuintes¹⁰⁷. De

¹⁰⁶ Trata-se da prática de apurar faltas de recolhimento tributário sem dados mais precisos. (Cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva. “Sigilo bancário em matéria fiscal”. *Cadernos de Direito Tributário e finanças públicas* n. 12, v. 3. São Paulo, julho/setembro de 1995, p. 74.

¹⁰⁷ SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. “O sigilo bancário e a Administração Tributária”. *Revista Fórum de Direito Tributário* n. 34, v. 6. Belo Horizonte: Fórum, p. 57.

outro, preserva-se o direito à intimidade contra ingerências desproporcionais da Fazenda Pública.

Além disso, o cruzamento de informações abre à administração a possibilidade de identificar mais facilmente falhas, omissões e irregularidades, o que torna a escolha de contribuintes submetidos à fiscalização mais racional e menos discricionária.

Logo, se houver irregularidade ou indício de crime detectado pelo cruzamento e a Fazenda Pública necessitar de mais informações sobre aquele sujeito passivo específico, sempre restará a possibilidade de postular em juízo a quebra total nos termos da lei.

Referências Bibliográficas

- ABRÃO, Carlos Henrique. “Os sigilos bancários e fiscal na cobrança da dívida ativa”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 30. São Paulo: Dialética, março de 1998.
- ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. “Sigilo bancário e fiscal - submissão da questão ao Judiciário” - Parecer. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 14. São Paulo: Dialética, novembro de 1996.
- ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. “Imposto de renda: quebra do sigilo bancário e omissão de receitas e rendimentos”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 70. São Paulo: Dialética, julho de 2001.
- BETTI, Francisco de Assis. “O sigilo bancário e a nova lei que define o crime ‘lavagem de dinheiro’: aspectos tributários e penais”. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos* v. 5. Belo Horizonte, 1998.
- BINS, Luiz Antônio. “O sigilo bancário e sua inoponibilidade perante o Fisco”. *Direito Tributário em questão* n. 1, v. 1. Porto Alegre, 2008.
- BORGES, Tarásio Campelo. “Sigilo bancário perante a Administração Tributária Federal”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 106. São Paulo: Dialética, julho de 2004.
- BOTTALLO, Eduardo Domingos; e CARDOSO, Claudia Petit. “Auto de infração lavrado com violação de preceitos constitucionais. Impossibilidade”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 206. São Paulo: Dialética, novembro de 2012.
- BREYNER, Frederico Menezes. “Regime jurídico da fiscalização tributária: Constituição e Código Tributário Nacional”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 109. São Paulo: Dialética, julho de 2011.
- CASSONE, Vittorio. “Capacidade contributiva, progressividade e sigilo bancário”. *IOB - repertório de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*. N. 15. São Paulo, agosto de 1999.
- . “Sigilo bancário: critério de interpretação constitucional”. *IOB - repertório de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*. N. 2, V. 1. São Paulo, janeiro de 2007.
- . “Sigilo bancário: critério de interpretação constitucional”. *IOB - repertório de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*. N. 20, V. 1. São Paulo, outubro de 2005.
- CAVALCANTE, Mantovanni Colares. “O sigilo bancário e a tutela preventiva”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 68. São Paulo: Dialética, maio de 2001.

- DENARI, Zelmo. “A CPMF e a quebra do sigilo bancário”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 89. São Paulo: Dialética, fevereiro de 2003.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. “Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado”. *Cadernos de Direito Tributário e de finanças públicas* n. 1, v. 1. São Paulo, outubro/dezembro de 1992.
- FIGUEIREDO, Marcelo. “O sigilo bancário e fiscal algumas dimensões jurídico-políticas”. *Revista de Direito Tributário* v. 84. São Paulo, 2002.
- FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. “A possibilidade de quebra do sigilo bancário por parte da receita federal como forma de viabilizar a justiça fiscal”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 97. São Paulo: Dialética, outubro de 2003.
- GONÇALEZ, Antonio Manoel. “A questão do sigilo bancário para efeitos tributários”. *Cadernos de Direito Tributário e finanças públicas* n. 9, v. 3. São Paulo, outubro/dezembro de 1994.
- HARADA, Kiyoshi. “Sigilo bancário e atuação do COAF”. *IOB - repertório de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*. N. 3, V. 1. São Paulo, fevereiro de 2012.
- LEÃO, José Francisco Lopes de Miranda. “Sigilo bancário face ao processo administrativo fiscal”. *IOB - repertório de jurisprudência: tributário e constitucional*. N. 14. São Paulo, julho de 1994.
- LIMA, João Frazão de Medeiros. “Sigilo bancário não existe constitucionalmente”. *IOB - repertório de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*. N. 11. São Paulo, junho de 1997.
- MACHADO, Hugo de Brito. “A quebra do sigilo bancário”. *IOB - repertório de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*. N. 9. São Paulo, maio de 2001.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. “Sigilo bancário”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 1. São Paulo: Dialética, outubro de 1995.
- ; e MENDES, Gilmar. “Sigilo bancário, direito de autodeterminação sobre informações e princípio da proporcionalidade”. *IOB - repertório de jurisprudência: tributário e constitucional*. N. 24. São Paulo, dezembro de 1992.
- . “Sigilo bancário e tributário”. *Scientia Iuridica: revista de direito comparado português e brasileiro* N. 290, v. 50. Braga, maio/agosto de 2001.
- . “Sigilo bancário em matéria fiscal”. *Cadernos de Direito Tributário e finanças públicas* n. 12, v. 3. São Paulo, julho/setembro de 1995.
- MONTEIRO NETO, Nelson. “Impossibilidade de quebra de sigilo bancário em procedimento administrativo e falta de imparcialidade do Fisco”. *IOB - repertório de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*. N. 13. São Paulo, julho de 2001.
- NASRALLAH, Amal I. “Quebra de sigilo bancário - irregularidades praticadas pela fiscalização - violação à lei complementar n. 105/2001 e ao decreto n. 3.724/2001 - nulidade dos lançamentos”. *Revista de Direito Tributário* n. 105. São Paulo, 2007.
- PALMA, Clotilde Celorico; e SANTOS, António Carlos dos. “A quebra do sigilo bancário para efeitos tributários em Portugal”. *Revista Fórum de Direito Tributário* n. 58, v. 10. Belo Horizonte: Fórum, julho/agosto de 2012.

- PETRY, Rodrigo Caramori. “O sigilo bancário e a fiscalização tributária”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 190. São Paulo: Dialética, julho de 2011.
- PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. “A quebra do sigilo bancário pelo Fisco: inconstitucionalidades da instrução normativa nº 802/2007 da Receita Federal do Brasil”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 151. São Paulo: Dialética, abril de 2008.
- PINTO, Fabiana Lopes. “O sigilo bancário e a Lei Complementar 105/2001”. *Revista de Direito Tributário* n. 86. São Paulo, 2002.
- SANCHES, José Luiz Saldanha. “O combate à fraude fiscal e a defesa do contribuinte: dois objetivos inconciliáveis?” *Revista Fórum de Direito Tributário* n. 43, v. 8. Belo Horizonte: Fórum, janeiro/fevereiro de 2010.
- SANTI, Eurico Marcos Diniz de. “Proteção de dados, sigilo bancário e direito à intimidade em face da Administração Tributária”. *Revista de Direito Tributário* n. 107/108. São Paulo, 2008/2009.
- SANTOS, Ramon Tomazela. “O sigilo bancário e a mudança na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - análise crítica da decisão proferida no recurso extraordinário n. 389.808 e seus efeitos perante terceiros”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 194. São Paulo: Dialética, novembro de 2011.
- SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. “O direito do contribuinte ao sigilo bancário”. *IOB - repertório de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*. N. 9. São Paulo, maio de 2000.
- . “Sigilo bancário e a Administração Tributária”. *Cadernos de Direito Tributário e finanças públicas* n. 11, v. 3. São Paulo, abril/junho de 1995.
 - . “O sigilo bancário e a Administração Tributária”. *Revista Fórum de Direito Tributário* n. 34, v. 6. Belo Horizonte: Fórum, julho/agosto de 2008.
 - . “O sigilo bancário e o Fisco (uma análise constitucional)”. *IOB - repertório de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*. N. 15. São Paulo, agosto de 2001.
 - . “Sigilo bancário - relatividade frente ao Fisco”. *IOB - repertório de jurisprudência: tributário e constitucional*. N. 5. São Paulo, março de 1995.
 - . “Sigilo fiscal - transferência ao Ministério Público: análise da correspondente jurisprudência do STF e do STJ”. *Revista Fórum de Direito Tributário* n. 39, v. 7. Belo Horizonte: Fórum, maio/junho de 2009.
- SCAFF, Fernando Facury. “Estado mínimo do contribuinte”. *Revista da Procuradoria Geral do Estado* n. 53, v. 24. Porto Alegre, 2001.
- . “Garantias fundamentais dos contribuintes à efetividade da contribuição”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 94. São Paulo: Dialética, julho de 2003.
 - . “Sigilo fiscal e reserva de jurisdição”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 71. São Paulo: Dialética, agosto de 2001.
- SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. “Efeitos da declaração de verdade - confissão - no Direito Tributário”. *Revista Fórum de Direito Tributário* n. 44, v. 8. Belo Horizonte: Fórum, março/abril de 2010.
- . “O sigilo bancário e o direito à intimidade e privacidade das pessoas”. *Revista Tributária e de finanças públicas* n. 42, v. 10. São Paulo, janeiro/fevereiro de 2002.

- . “Quebra do sigilo bancário pela autoridade administrativa”. *Revista Fórum de Direito Tributário* n. 31, v. 6. Belo Horizonte: Fórum, janeiro/fevereiro de 2008.
- SILVA, Eivany A. “Considerações a respeito do sigilo de dados”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 61. São Paulo: Dialética, outubro de 2000.
- SILVA, Mauro. “O controle da legalidade do ato administrativo que determina a quebra do sigilo bancário para o fisco federal”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 122. São Paulo: novembro de 2005.
- . “Retroatividade da lei tributária formal: os efeitos intertemporais da Lei Complementar nº 105/2001 e da Lei 10.174/2001 (sigilo bancário)”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 85. São Paulo: Dialética, outubro de 2002.
- SOUZA, Hamilton Dias de. “Sigilo bancário e o direito a liberdade”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 51. São Paulo: Dialética, dezembro de 1999.
- TAGLIAFERRO, Kleber Augusto. “A Constituição Federal e a lei complementar do sigilo bancário: tensão entre princípios”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 66. São Paulo: Dialética, março de 2001.
- VIDIGAL, Geraldo de Camargo. “Devolução do IPMF: deve ser feita através dos bancos”. *Cadernos de Direito Tributário e finanças públicas* n. 6, v. 2. São Paulo, janeiro/março de 1994.
- WALD, Arnoldo. “Sigilo bancário e os direitos fundamentais”. *Cadernos de Direito Tributário e finanças públicas* n. 22, v. 6. São Paulo, janeiro/março de 1998.
- . “O sigilo bancário no projeto de lei complementar n. 70”. *Cadernos de Direito Tributário e finanças públicas* n. 1. São Paulo, outubro/dezembro de 1992.
- ; MARTINS, Ives Gandra da Silva. “A Constituição e o sigilo bancário”. *Cadernos de Direito Tributário e finanças públicas* n. 23, v. 6. São Paulo, abril/junho de 1998.
- WEISS, Fernando Lemme. “O sentido e a abrangência do sigilo fiscal”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 178. São Paulo: Dialética, julho de 2010.