

**O SIGILO BANCÁRIO E AS INOVAÇÕES ORIUNDAS DA LEI
COMPLEMENTAR Nº 105/2001 *VERSUS* O DIREITO À INVIOABILIDADE
DOS DADOS.**

Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça*

Andrine Oliveira Nunes**

Ana Katarina Fonteles Soares***

RESUMO

Este ensaio tem por objeto analisar o histórico e o conceito de sigilo bancário, bem como, sua aplicabilidade pelas instituições financeiras, sua qualificação legal, doutrinária e jurisprudencial, ou seja, seu respaldo jurídico, os fatores que podem ser cogitados para sua quebra, quem tem autoridade para fazê-lo, se tais atos não acarretariam violação ao princípio constitucional da inviolabilidade de dados, a fim de que ao final resulte a pesquisa em fundamento teórico para a reiteração da supremacia do interesse público, do bem-estar social, do direito e da justiça. O presente utiliza estudo descritivo-analítico, bibliográfico e documental, sendo ensaio puro, qualitativo, explicativo e exploratório. A Lei Complementar Nº 105/2001 tutelou a autoridade administrativa a quebra do sigilo bancário para fins de fiscalização de fraudes e ilícitos. No entanto, chega-se ao impasse: o sigilo bancário ao ser quebrado é uma ameaça à inviolabilidade de dados preconizada na constituição ou seria um instrumento eficaz no combate a práticas negociais ilícitas. O sigilo sob as informações privativas dos cidadãos é de suma importância, mas o interesse público deve ser o norteador da atuação do Estado. Portanto, tendo em vista que para a autorização desta medida excepcional, isto é, para ocorrer a quebra do sigilo bancário, devem ser respeitados a existência de procedimento fiscal ou processo administrativo e a indispensabilidade de tal exame, é bastante razoável se adentrar a intimidade dos dados dos particulares, dentro dos limites legais, para coibir fraudes e delitos.

*Doutora em Direito pela UFPE. Professora Titular do Programa de Pós Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza – UNIFOR.

** Advogada. Especialista em Direito Processual Civil e Direito e Processo Tributários pela Universidade de Fortaleza. Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Bolsista da Fundação Cearense de Amparo à Pesquisa – FUNCAP.

*** Servidora Pública. Assessora de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza.

PALAVRAS-CHAVE: SIGILO BANCÁRIO. DIREITO CONSTITUCIONAL À INVIOABILIDADE DOS DADOS. LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO.

RÉSUMÉ

Cet essai a pour objectif d'analyser l'historique et le concept du secret bancaire, ainsi que, son applicabilité par les institutions financières, ses qualifications légale, doctrinale et jurisprudentielle, c'est-à-dire, son approbation juridique, les facteurs qui peuvent être envisagés pour sa rupture, qui a l'autorité pour le faire, si ces actes ne seraient pas au principe constitutionnel d'invioabilité des données, afin que ressortent les résultats la recherche du fondement théorique pour l'affirmation de la suprématie de l'intêtet public, du bien- être social, du droit et de la justice. Les critères utilisés pour cette étude descriptive-analytique, bibliographique et documentaire, sont purement qualitatifs, explicatifs et exploratoires. La Loi Complémentaire Nº 105/2001 a autorisé l'autorité administrative de rompre le secret bancaire pour fins de surveiller de fraudes et délits. Néanmoins, on est arrivée à une sorte d' impasse: Le secret bancaire s'il est cassé, cela constitue une menace à l' inviolabilité de données préconisée dans la constitution ou alors ce serait un instrument efficace dans le combat à des pratiques illicites. Le secret sous les informations privatives des citoyens est de la plus haute importance, mais l' intérêt public doit guider l'action de l'État. Donc, pour l'autorisation exceptionnelle d'une telle mesure, bancaire, doivent être respectées l'exigence de procédure fiscale ou d'un processus administratif et l'indispensabilité de tel examen; ce respect doit être suffisamment raisonnable et équilibré pour l'introduction des données des particuliers dans les limites du cadre legal, et pour contrôler des fraudes et des délits.

MOT-CLÉ: LE SÉCRET BANCAIRE. DROIT CONTITUIONNEL A LA INVIOABILITÉ DE DONNÉS. LOI COMPLEMENTAIRE Nº 105/2001. CONDUITE ADMINISTRATIF TRIBUTAIRE.

INTRODUÇÃO

Este início de século chega com enormes desafios. O turbilhão de mudanças que ocorrem alteram radicalmente os fundamentos da nossa vida em sociedade. O desenvolvimento da tecnologia, a globalização da economia, a crescente desregulamentação e desburocratização dos mercados e o crescente reconhecimento dos direitos de cidadania estão, sem dúvida, entre aquelas que maior impacto causam nos diversos extratos sociais.

No caso do Brasil, especificamente, além de tudo isso, democracia, moeda estável e capitalismo, pouco a pouco, substituem o cartorialismo que sempre nos acompanhou, contribuindo significativamente para a alteração do nosso cenário social.

Observamos claramente que, com transformações tão marcantes, os antigos modelos e princípios de organização, legislação e gestão que moldaram nossa sociedade e nossa cultura durante centenas de anos tornam-se ineficientes e obsoletos para os novos padrões que surgem.

Diferentemente não poderia ser com as instituições financeiras, bem como, com sua atuação na sociedade. No decorrer da história, os bancos vêm exercendo função de precípua importância no cotidiano das comunidades. Tanto é que seria hoje impraticável se imaginar o bom funcionamento das relações sociais e mercantis sem o intermédio e o fomento das instituições financeiras.

Se outrora, os atos de descontar uma letra de crédito, pedir empréstimo, efetuar pagamentos, depositar valores eram vislumbrados somente por uma pequena parte da população, hoje se constata o inverso, isto é, torna-se até uma exceção àquele que consegue atuar na sociedade sem interferência, direta ou indireta, das instituições financeiras.

Para uma sociedade virtualizada, cada vez mais horizontalizada, que se movimenta na velocidade da luz e oferece uma surpreendente diversificação em produtos, serviços, idéias, crenças e costumes, o sigilo sob as informações privadas dos cidadãos é de suma importância.

O que anteriormente era adstrito a padres, advogados, médicos, psicólogos, enfim, profissionais que lidam com informações pessoais, hoje, devido à necessidade de tecer negociações com empresas de ordem financeira, os indivíduos têm que dispor de uma confiabilidade na atuação profissional destas, que, por sua vez, precisam conquistar a credibilidade dos clientes. Todavia, esta relação deve vir consubstanciada por uma ordem maior, qual seja: o ordenamento jurídico.

No caso do Brasil, a Carta Constituinte de 88 assegura a proteção à intimidade, à vida privada, bem como, o sigilo de dados. No entanto, tais garantias constitucionais não podem ser cogitadas pelos cidadãos como fonte de império do interesse particular frente ao interesse público.

Portanto, cumpre ressaltar que este estudo vislumbra averiguar o histórico e o conceito de sigilo bancário, bem como, sua aplicabilidade pelas instituições financeiras, seu respaldo jurídico e os fatores que podem ser cogitados para sua quebra e quem tem autoridade para fazê-lo; a fim de que ao final resulte a pesquisa em fundamento teórico para a reiteração da supremacia do interesse público, do bem-estar social, do direito e da justiça.

1. CONCEITO DE SIGILO BANCÁRIO

De início é válido ressaltar que a figura do sigilo bancário pode ser vista sob ângulo diverso, ou seja, enquanto que para o particular, cliente de instituição financeira, seja ela banco, caixa econômica, corretora de valores mobiliários, bolsa de valores, enfim, o instituto é um direito, garantido constitucionalmente, para aquelas o sigilo bancário é vislumbrado como uma obrigação, um dever a ser cumprido a fim de trazer a satisfação do cliente e a confiança deste na entidade.

Dito isto, encontra-se na doutrina, o conceito de sigilo como a palavra oriunda 'do latim *sigillum* que significa marca pequena, sinalzinho, selo, sendo estabelecido com o significado de segredo.

No entanto, imperando nele a idéia de algo que está sob o 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. [...] Sigilo Bancário indica o comportamento ético, que se exige das instituições financeiras,

tocante à preservação, perante terceiros, dos dados que disponham acerca dos clientes¹.

Consiste na obrigação imposta aos bancos e a seus funcionários de discrição, a respeito de negócios, presentes e passados, de pessoas com que lidaram, abrangendo dados sobre a abertura e o fechamento de contas e a sua movimentação.²

Gilmar Mendes segue o entendimento de que o sigilo bancário é decorrente do princípio à privacidade, por este ser mais abrangente que o princípio à inviolabilidade dos dados, que por sua vez é espécie daquele, salientado que “O sigilo bancário tem sido tratado pelo STF e pelo STJ como assunto sujeito à proteção da vida privada dos indivíduos.”³, mas acentua que existem ensaios doutrinários que sustentam a decorrência do sigilo bancário ao princípio da inviolabilidade dos dados⁴.

Assim, no intuito de evitar afrontas à honra, à imagem, à privacidade das pessoas, de acordo com Sergio Carlos Covello considera-se sigilo bancário a “obrigação que têm os bancos de não revelar, salvo justa causa, as informações que venham a obter em virtude de sua atividade profissional”⁵.

2. HISTORICIDADE

Desde os primórdios da sociedade civilizada que se tem notícia das relações negociais, fossem elas com o intuito de comércio ou, simplesmente com a intenção financeira. Segundo registros históricos, na antiga Babilônia, os sacerdotes não só recebiam valores em dinheiro, como realizavam empréstimos, antecipação e mediação nos pagamentos. O que demonstra de maneira translúcida de que a relação comercial caminha ladeada pelas finanças, aliás, uma é consequência da outra.

¹ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 1299.

² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 375.

³ BRANCO. ob. cit., p. 375.

⁴ Sobre o assunto verificar: CORRÊA, Luciane Amaral. O princípio da proporcionalidade e a quebra do sigilo bancário e do sigilo fiscal nos processos de execução. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *A constituição concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 165-210.

⁵ COVELLO, Sérgio Carlos. *O Sigilo Bancário, com particular enfoque na tutela civil*, São Paulo: Livraria Editora Universitária de Direito, 1991, p. 36.

Outra característica, que é de bom alvitre salientar, é o fato de que geralmente os templos, onde tais sacerdotes se refugiavam, se situavam em locais discretos e muitas vezes até de difícil acesso, a fim de preservar as relações como também dispor da proteção divina. O que configura que a preservação da intimidade das relações não é figura contemporânea.

Assim, José Cavalcanti Bouchinhas Filho cita Napoleão Nunes Maia Filho que observa:

[...] 'na Antiguidade, os depósitos de valores móveis, embora nem sempre sob a forma pecuniária, pois seguramente anteriores à invenção da moeda, ficavam geralmente em mãos dos sacerdotes, guardados na intimidade dos templos, como se fossem mesmo coisas sagradas, somente acessíveis aos depositantes e aos seus depositários e aos seus guardadores'. Ressalva ainda que, nesse momento inicial, a atividade bancária não era exercida profissionalmente, mas sim como forma de fidúcia ou confiança⁶.

No entanto, foi o povo hebreu quem iniciou a prática de embutir nos empréstimos a estrangeiros os juros, porque entre seus pares tal comportamento não era aprovado, ao contrário, era expressamente abolido, devido às rígidas normas religiosas. Daí decorre o início do exercício da atividade bancária, assim como, a prática da imposição de juros tão difundida nas atuais instituições financeiras.

Ressalta-se, ainda, que os hebreus, chamados de cambistas, aqueles que desenvolviam a atividade mercantilista-financeira, também se preocupavam com a discrição de seu comportamento, apesar de não associarem aos templos tais atividades, a obrigação de guardar o segredo do próximo, qualquer que fosse a natureza deste, era um mandamento bíblico.

Diferentemente não poderia ocorrer com a sociedade helênica. Os gregos vinculavam suas atividades bancárias à figura dos sacerdotes e dos templos, onde eram realizados depósitos de bens e empréstimos, principalmente agrários. Historiadores falam que a origem do instituto da conta corrente se deu nessa sociedade e que estes foram primeiros a instituir o respeito à vida privada, principal alicerce do hodierno

⁶ BOUCHINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. O Sigilo Bancário como Corolário do Direito à Intimidade. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto=2220>>, Acesso em 19 set. 2005.

sigilo bancário. Sendo eles os responsáveis pelo conhecimento e desenvolvimento de tais atividades em outras sociedades da época, como os egípcios.

As sucessivas conquistas militares fizeram os romanos adquirirem as culturas, que lhes interessavam, isto é, que lhes aprimoravam como civilização, dos povos conquistados, dentre elas a atividade cambiária, visto que de início a civilização romana era agrária. Todavia, foram eles os responsáveis pela desvinculação de tais atividades à religião, dotando estas de conteúdo e embasamento jurídico.

Depois da queda do Império Romano e advento da Idade Média, a difusão dos ditames bancários, como regulação jurídica e proteção aos dados dos interessados na relação financeira, passam a ser corolários para os banqueiros em geral, profissionalizando o setor, e instituindo mecanismos de negociata como as letras de câmbio e as operações de desconto.

Associação de classe, escrituração contábil, obrigação de sigilo sob a forma de juramento pelos banqueiros e seus empregados, são notações que esse período histórico trouxe para o enriquecimento atual do instituto em análise.

O crescente desenvolvimento da mercantilização, majorado pelo descobrimento de novos territórios, visto o aprimoramento da navegação, fez com que as atividades bancárias transpusessem as fronteiras de seus países de origem, como também, fez com que as autoridades responsáveis pelas regulamentações, disciplinassem normas mais específicas a fim de que a atividade bancária se efetivasse com legitimidade e legalidade.

É no Estado Moderno que surge a preocupação com a autoridade pública e a competência a ela auferida pela sociedade para ditar regras que regulamentem a vida civil. Portanto, verificou-se que era basilar que fossem estas expressadas pela regra maior de um povo, qual seja, sua constituição. Assim, o sigilo bancário, que nada mais é do que uma especificação da proteção à vida privada e intimidade dos dados dos indivíduos, hoje, encontra-se como ditame supremo nos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

Contudo, as legislações atuais vêm sendo revistas, devido à vulnerabilidade do acesso a informações através dos mecanismos de informática, muitas vezes até pelos próprios profissionais da área que utilizam seus conhecimentos para praticarem delitos, a fim de encontrar maneiras de resguardo das informações, e proteção ao sigilo bancário. Por outro lado, a manutenção da proteção exacerbada por parte de entidades estatais do sigilo bancário de certas pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas, corroboram para a fixação da criminalidade e da impunidade, visto que as instituições financeiras se resguardam no dever do silêncio.

3. DIREITO ABSOLUTO OU RELATIVO ?

O sigilo bancário surgiu como instrumento de fortalecimento do sistema de captação de recursos pelo sistema financeiro no sentido de que quem deseja guardar ou aplicar um bem o faz, naturalmente, sob a premissa de que a pessoa terá garantia de que o bem de sua propriedade não será levado a conhecimento de outrem. Porquanto, tal atividade deve fazer parte de sua intimidade ou privacidade, de sorte que ninguém mais, a não ser a própria pessoa e a instituição financeira envolvida, deva ter acesso a essas informações. Por esse aspecto, as pessoas querem garantir o direito a que a CF/88, no seu art. 5º, X e XII, lhes assegura.

Conseqüentemente, o sigilo bancário pode ser visto como um direito absoluto, um direito subjetivo do contribuinte, ligado a sua personalidade, com garantia constitucional. No entanto, também pode ser visto como um direito relativo, em que prevalece o direito da sociedade ou do Estado, especialmente quando estiverem no impasse questões de ordem pública ou social, nesse caso o sigilo bancário poderia ser quebrado ou excepcionado.

Por isso que a Lei Complementar Nº 105, de 10 de janeiro de 2001, inova o ordenamento jurídico brasileiro quando permite a quebra do sigilo bancário diretamente pela Administração Pública, isto é, a demanda por um setor público eficiente, vinculado a um sistema jurídico coerente é cada vez maior, ensejando renovações legislativas a cada instante, como é o caso da relativização do sigilo bancário frente ao interesse público.

No Brasil o sigilo bancário sempre foi questão delicada. Historicamente tratado como dogma, é ainda hoje defendido, pela maioria dos doutrinadores, como um direito absoluto, decorrente do direito à privacidade e inviolabilidade de dados pessoais, previstos no art. 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal de 1988.

Percebemos na doutrina mais recente uma carência quanto à análise dos aspectos técnicos da Lei Complementar, Nº 105/2001, restringindo-se aquela às discussões meramente políticas e repetitivas, sem observância dos aspectos procedimentais relevantes instituídos pelo novo texto legal e, principalmente, sem considerar as transformações das instituições públicas nestas últimas décadas.

Todos nós, certamente, estamos de acordo que a quebra desmotivada do sigilo bancário viole direitos fundamentais do cidadão, mormente, por ser ato emanado da Administração Pública sem motivação, o que por si só, já estaria eivado de vício, justificando sua nulidade.

Portanto, o que é relevante neste contexto é a relativização do direito ao sigilo bancário, bem como, do poder de quebrá-lo. Haveria, sim, violação de direito do contribuinte, caso a obtenção dos dados bancários fosse arbitrária ou sem observância rigorosa do devido processo legal administrativo.

4. QUESTIONAMENTOS ACERCA DAS INOVAÇÕES ORIUNDAS DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001.

A Lei Complementar Nº 105/2001, que dispõe sobre o sigilo das operações das instituições financeiras e dá outras providências, previu a possibilidade de quebra do sigilo quando necessária à apuração de qualquer ilícito em qualquer fase do inquérito ou processo judicial. E mais: possibilita o exame de livros e documentos, pela autoridade fiscal, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento administrativo em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis.

Com a sua vigência, tal lei complementar apresentou uma nova celeuma: é constitucional a determinação de quebra do sigilo bancário por autoridade administrativa? A pergunta traz consigo outros questionamentos: a garantia constitucional de sigilo bancário é direito fundamental? Pode lei complementar delegar

à autoridade fiscal competência para realizar função jurisdicional? São essas as questões que tentaremos responder a seguir.

5. O DIREITO CONSTITUCIONAL À INVIOABILIDADE DE DADOS: LEGISLAÇÃO, DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA.

Decorrente do direito à privacidade, descrito de forma inaugural na Carta Republicana de 1988, no inciso X do artigo 5º, a inviolabilidade dos dados, seja ele bancário ou fiscal, é um direito fundamental e como tal deve ser assegurado conforme as regras de rigidez constitucional. Entretanto, é no inciso XII do mesmo artigo que a Constituição Federal de 1988, especifica este direito ao dispor:

Art. 5º. [...]

.....
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 penal processual.

Da leitura do dispositivo supra, depreende-se que só é admitida a quebra do sigilo telefônico, nas hipóteses e na forma que a lei dispuser, para fins de investigação criminal ou instrução penal processual.

Dissonante não é o entendimento do Procurador da Fazenda Nacional Aldemário Araújo Castro, que afirma:

Prevalecendo uma interpretação literal do dispositivo em questão, não seria possível acessar qualquer tipo de informação (não só fiscal), mesmo com intervenção judicial, somente necessária e possível para afastar a inviolabilidade nos casos de comunicação telefônica.⁷

Entretanto, mister se faz uma análise mais aprofundada sobre o assunto. O ordenamento jurídico tem estrutura piramidal; a norma superior fundamenta a norma inferior. A Constituição Federal é o diploma que fundamenta todo o ordenamento jurídico nacional, logo, seus preceitos, quando em aparente conflito, devem ser relativizados. Dessa forma, a interpretação das normas constitucionais deve ser feita de maneira a melhor adequar os valores nela contidos.

⁷ CASTRO, Aldemário Araújo, A Constitucionalidade da Transferência do Sigilo Bancário para o Fisco preconizado pela Lei Complementar nº105/2001. *Jus Navigandi*, Teresina, a.5, n.51, out. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto=2220>>, Acesso em 19 set. 2005.

A Hermenêutica Constitucional utiliza uma metodologia aberta, de pouco rigor, mais principiológica do que técnica. Versa sobre os princípios constitucionais, contidos na constituição material. A metodologia é uma exigência do Estado Democrático de Direito, como legitimidade e garantia da ordem interna social.

O método de interpretação da norma constitucional que melhor satisfaz o dogma da completude do ordenamento jurídico é o lógico-sistemático, que prevê a interpretação da norma à luz do ordenamento. Procura-se a compatibilidade das partes entre si e das partes como um todo.

Todavia, basta o entendimento da Suprema Corte para dirimir qualquer equívoco quanto à interpretação do dispositivo constitucional, isto é, a quebra do sigilo preconizada pelo inciso XII do artigo 5º da Carta Magna corresponde a todas as espécies de sigilo cuja hermenêutica licencia, quais sejam: o de correspondência, o de comunicação telegráfica, telefônica, telemática ou de dados – bancário ou fiscal. Contanto deve estar demonstrado que há possibilidade do ilícito⁸. Desta forma já decidiu o TRF da 2ª Região, *ex vi*:

A prestação de informações genéricas sobre todos os seus clientes, por instituição bancária, devassaria tanto os negócios lícitos como os ilícitos. Assim, somente após a individualização de um provável ilícito, mediante o devido processo legal, é que se pode elidir o sigilo bancário. (TRF, 2ª Região, 1ª T., MAS 91.02.05436-0/RJ, Rel. Juiz Henry Barbosa, decisão de 14-8-1991, DJ, 2, de 9-1-1992, p. 110).⁹

Os sigilos bancário e fiscal são relativos e apresentam limites, podendo ser devassados pela Justiça Penal ou Civil, pelas Comissões Parlamentares de Inquérito e pelo Ministério Público uma vez que a proteção constitucional do sigilo não deve servir para detentores de negócios não transparentes ou de devedores que tiram proveito dele para não honrar seus compromissos.¹⁰

Outrossim, Alexandre de Moraes explica que o sigilo bancário, bem como o sigilo fiscal, só poderá ser excepcionado quando presentes requisitos razoáveis, que demonstrem, em caráter restrito e nos estritos limites legais, a necessidade de conhecimento dos dados sigilosos.

⁸ Precedente Jurisprudencial do STF: STF, CR 7.323-2, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, 1, de 11-6-1999, p. 40. Fonte: BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 442.

⁹ Fonte: BULOS. *ob. cit.*, 2007, p. 445.

¹⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Atlas. 2004, p. 95.

Desse modo, caracterizado como um direito fundamental individual não pode ser emendado ou extinto, pois: “A inviolabilidade do sigilo decorre do direito à vida privada (CF, art. 5º, X), regendo-se pelo *princípio da exclusividade*, mediante o qual o Poder Público não pode adentrar a esfera íntima do indivíduo, defassando suas particularidades”.¹¹

Ademais, conforme o exposto, o direito ao sigilo bancário não é absoluto, portanto:

Havendo tensão entre o interesse do indivíduo e o interesse da coletividade, em torno do conhecimento de informações relevantes para determinado contexto social, o controle sobre os dados pertinentes não há de ficar submetido ao exclusivo arbítrio do indivíduo¹².

Assim, os Tribunais Superiores já decidiram pela flexibilização do direito ao sigilo bancário quando da hipótese de preponderância do interesse público sobre o particular:

A uníssona jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal tem disciplinado que, havendo satisfatória fundamentação judicial a ensejar a quebra de sigilo, não há violação a nenhuma cláusula pétrea constitucional. Tal assertiva decorre do direito {a proteção dos sigilos bancário, telefônico e fiscal ser relativo e não absoluto. (STJ, 3ª T., RMS 18.445/PE, Rel. Min. Castro Filho, v.u., decisão de 3-5-2005., DJ, de 23-5-2005, p. 264)¹³.

Destarte, só é possível a ruptura do sigilo bancário se fundados forem os elementos que revelam o cometimento de crime ou causa provável justificadora do inadimplemento de obrigação principal¹⁴, mediante ordem judicial ou requisição de CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito, conforme precedente do STF de 1954 (STF, 1ª T., MS 2.172, Rel. Nélson Hungria, DJ de 7-6-1954, p. 1805) e posição do STJ:

Os sigilos bancário e fiscal são direitos individuais não-absolutos, podendo ser quebrados, em casos excepcionais, por decisão fundamentada, desde que presentes circunstâncias que denotem a existência de interesse público relevante ou de elementos aptos a indicar a possibilidade de prática delituosa. Precedentes do STJ. 2. A decisão judicial suficientemente

¹¹ BULOS. ob. cit., 2007, p. 442.

¹² BRANCO. ob. cit. p. 375.

¹³ Fonte: BULOS. ob. cit., 2007 p. 445.

¹⁴ Meras suposições, destituídas de suporte fático idôneo e indícios concretos, invalidam o ato parlamentar que determinou a quebra. Assim, o Poder Público e seus agentes não podem empreender a ruptura da esfera da intimidade de pessoas físicas ou jurídicas sem causa provável, sob pena de cometer atentado ao modelo previsto na Constituição da República. Do contrário, a quebra do segredo de dados converter-se-ia em instrumento de arbítrio estatal. Fonte: BULOS. ob. cit., 2007, p. 449.

fundamentada, na qual se justifique a necessidade da medida para fins de investigação criminal ou instrução processual criminal, não afronta o art. 5º, incisos X, XII e LV, da CF. (STJ, 5ª T., RMS 15.599/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, decisão de 8-3-2005, DJ de 18-4-2005, p. 352).¹⁵

Segue o mesmo entendimento Gilmar Mendes: “A jurisprudência do STF admite a quebra do sigilo pelo Judiciário ou por Comissão Parlamentar de Inquérito, mas resiste a que o Ministério Público possa determiná-la diretamente, por falta de autorização legal específica”¹⁶⁻¹⁷.

Lembra o Ministro Sepúlveda Pertence (CR 7. 323, DJ de 11-6-1999) que “o caráter fundamental de que se revestem as diretrizes que condicionam a atuação do Poder Público, em tema de restrição ao regime das liberdades públicas, impõe, para efeito de ‘disclosure’ dos elementos de informação protegidos pela cláusula do sigilo, que o Estado previamente demonstre, ao Poder Judiciário, a ocorrência de causa provável ou a existência de fundadas razões que justifiquem a adoção de medida tão excepcional, sob pena de injusto comprometimento do direito constitucional à privacidade. Nesse sentido, orientam-se diversas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (INQ 830-MS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU de 01/2/95 – INQ 899-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU de 23/9/94 – INQ 901-DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJU de 23/2/95)”¹⁸.

6. A LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001

A Lei Complementar Nº 105/2001 atribui competência aos agentes administrativos a quebra do sigilo bancário, *verbis*:

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. [...].

Dois são os requisitos para autorização da medida excepcional: a existência de procedimento fiscal ou a instauração de processo administrativo e a indispensabilidade de tal medida, cabendo esta análise à autoridade administrativa.

¹⁵ Fonte: BULOS. ob. cit., 2007, p. 444.

¹⁶ BRANCO. ob. cit., p. 375.

¹⁷ O art. 129, inciso VIII da CF/88 não autoriza o MP a quebra de sigilo bancário sem ser por meio de autorização judicial, apesar de polêmico o tema, já que alguns entendem ter o MP tal prerrogativa, atualmente ainda prevalece aquele entendimento em detrimento deste. Para melhor entendimento acerca da matéria e pesquisa mais pormenorizada sobre o tema, consultar BULOS, ob. cit., 2007, p. 451-453.

¹⁸ BRANCO. ob. cit., p. 376.

O dispositivo, entretanto, em momento algum dispensa a exigência de ordem judicial para o acesso às informações, embora essa seja a tendência mundial.

As razões justificadoras desta tendência, envolvendo países como os Estados Unidos (3), a Espanha (4), a França (5), a Bélgica (6), a Holanda (7), entre outros, repousam na necessidade de combate à lavagem de dinheiro oriundo de práticas criminosas (8) e de viabilização, em novos patamares, da fiscalização e arrecadação tributárias¹⁹.

No nosso entender, porém, pelo próprio tratamento de direito fundamental dado pelo Supremo Tribunal Federal, necessária se faz a autorização judicial para o acesso às informações bancárias. Caso a autoridade administrativa, no uso de suas atribuições, considere indispensáveis as informações sigilosas, deverá demonstrar à autoridade judiciária competente, a fim de obter ordem judicial que legitime, legalize sua conduta. Atendido estaria, dessa maneira, o princípio da segurança jurídica.

Questiona-se, além disso, se pode lei complementar delegar à autoridade fiscal competência para realizar função jurisdicional? Bem, esse é um dos pontos da lei bastante debatido pelos doutrinadores, aliás, este aspecto corrobora para o entendimento de ser a mesma inconstitucional, pois isso afetaria o princípio do devido processo legal e, conseqüentemente, o da segurança jurídica. Entretanto, ainda não existe doutrina nem jurisprudência pacífica sobre o assunto, o que se vislumbra são ADIns ajuizadas no STF sobre o assunto: ADIns nº 2,386/DF, 2,389/DF, 2,390/DF, 2,397/DF e 2,406/DF²⁰.

7. O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL

Preliminarmente cabe a diferenciação entre processo e procedimento administrativo fiscal. Procedimento, segundo Antônio Lopo Martinez²¹, “significa, basicamente, a sucessão encadeada de atos. Procedimento é a forma de explicitação da atividade administrativa, da função administrativa”.

¹⁹ CASTRO. ob. cit.

²⁰ Fonte: BULOS. ob. cit., 2007, p. 451. Maiores informações sobre o tema em: ALVES JR., Luís Carlos Martins. A legitimidade da quebra do sigilo bancário pelas autoridades fazendárias: uma breve análise das ações diretas de inconstitucionalidade (ADINs) 2.386, 2.389, 2.390, 2.397 e 2.406. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1177, 21 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8961>>. Acesso em: 13 dez. 2007.

²¹ MARTINEZ, Antonio Lopo. Processo Administrativo Fiscal: função, natureza e objeto. In: FIGUEIREDO, Lucia Valle. (Coord.) *Processo Administrativo Tributário e Previdenciário*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 115-149.

Processo, por sua vez, pressupõe situações em que há controvérsia, lide. O processo significa em síntese um procedimento com participação dos interessados em contraditório, com atuações interligadas dos sujeitos em simetria de poderes, faculdades, deveres e ônus.

A fiscalização é o próprio procedimento administrativo tributário, devendo seguir os princípios que o regem, como inquisitorialidade, cientificação, formalismo moderado, fundamentação, acessibilidade e celeridade. É competência administrativa a fiscalização dos atos desempenhados tanto pelos particulares, como pelos seus próprios agentes.

O agente fiscal tem a função de averiguar se o contribuinte está em dia com as suas obrigações tributárias. Dispensável é comentar a importância dos tributos, visto que é através deles que o Estado mantém sua estrutura, paga seu pessoal, divide seus investimentos, etc. Para que se tenha uma idéia da importância de uma fiscalização adequada, com vistas à redução de sonegação, vejamos alguns dados fornecidos pela Secretaria da Receita Federal:

- (a) 62 pessoas físicas que declararam perante a Receita Federal suas condições de isentas de imposto de renda tiveram movimentação financeira anual acima de R\$ 10 milhões, totalizando R\$ 11,03 bilhões;
- (b) 139 pessoas físicas omissas perante a Receita Federal tiveram movimentação financeira anual acima de R\$ 10 milhões, totalizando R\$ 28,92 bilhões;
- (c) 45 pessoas jurídicas incluídas no SIMPLES (pressupõe receita bruta anual inferior a R\$ 120 mil) tiveram movimentação financeira anual acima de R\$ 100 milhões, totalizando R\$ 53,21 bilhões;
- (d) 46 pessoas jurídicas que declararam perante a Receita Federal suas condições de isentas de imposto de renda tiveram movimentação financeira anual acima de R\$ 100 milhões, totalizando R\$ 18,39 bilhões;
- (e) 139 pessoas jurídicas omissas perante a Receita Federal tiveram movimentação financeira anual acima de R\$ 100 milhões, totalizando R\$ 70,96 bilhões.²²

Não restam dúvidas de que o constituinte brasileiro elevou à categoria de direito fundamental o direito ao sigilo de dados, tanto pela sua colocação topográfica, quanto pela sua própria redação. No entanto, consoante já amplamente debatido, não pode ser tal princípio absoluto, sob pena de violação de outros princípios constitucionais, como o princípio da isonomia. Conforme as palavras de Aldemário Araújo Castro:

²² CASTRO. ob. cit. As informações estão contidas em: Informação para a imprensa no 123, de 2000. Secretaria da Receita Federal. Análise estatística do cruzamento de informações da CPMF e do Imposto de Renda.

Se de um lado temos a necessidade de sigilo daquelas informações bancárias reveladoras de intimidade e vida privada, de outro lado temos a necessidade de fiscalização, de apuração da ocorrência de fatos geradores tributários anunciados na própria Constituição. Ademais, somente o amplo e total conhecimento da vida econômica dos contribuintes, hoje majoritariamente financeira, dadas as características da economia moderna, permitirá a efetividade, aqui o discurso é constitucional, de ditames, também constitucionais, como a pessoalidade dos impostos, a capacidade contributiva, a isonomia e livre iniciativa, mediante combate à concorrência desleal daquele que não recolhe a carga tributária devida. Afirme-se, ainda, como absolutamente incompatível com a idéia de Estado Democrático de Direito a possibilidade de tornar inacessíveis atividades econômicas tributáveis, cujos recursos arrecadados via tributação constituem a principal, ²³quiza, única forma de realização da justiça social.

Vale lembrar que o fisco simplesmente atesta ou confirma as declarações já prestadas pelo contribuinte, já que existe a obrigação deste de declarar ao fisco uma série de dados relevantes, inclusive saldos bancários ao final do exercício.

Para uma maior celeridade do procedimento administrativo fiscal, e, conseqüentemente, maior eficácia, será necessária, a longo prazo, a desburocratização da fiscalização, atendendo, inclusive, ao princípio do formalismo moderado, hoje tão pouco utilizado. Não afronta o princípio da segurança jurídica o acesso aos dados bancários do contribuinte, primeiro porque a fiscalização é procedimento anterior ao processo administrativo tributário; em segunda razão, porque ao contribuinte, se sofrer lesão ou ameaça de direito, sempre poderá procurar o Judiciário, lembrando que tanto a legislação específica quanto a legislação penal prevêm o crime de responsabilidade por abuso de poder.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A possibilidade de acesso a dados bancários de determinados cidadãos ou empresas não significa atuação arbitrária das entidades fiscalizadoras, por necessidade de apuração de dados. Ao contrário, deverá tudo ser pautado pela estrita legalidade, inexistindo margem para discricionariedade em referidas situações. Deve, assim, ser observado o devido processo legal, de forma que a medida não extrapole os fins para os quais ela foi destinada e, da mesma forma, tenha o Poder Público condições de apurar as vergonhosas irregularidades e corrupções tão marcantes e corriqueiras em nosso país.

²³ CASTRO. ob. cit.

De fato não se pode mais ver o sigilo bancário como um requisito da atividade bancária para a obtenção de clientes. Isso porque, com o desenvolvimento dos estudos sobre os direitos fundamentais e a positivação de sua proteção em quase todos os ordenamentos jurídicos do mundo, o direito ao segredo passou a ser, sobretudo, uma garantia dada ao cidadão de não ter a sua vida devassada.

Hoje, há inclusive quem questione o papel desse direito historicamente consagrado por entender ser ele um escudo da criminalidade econômico-financeira em razão de facilitar a prática de condutas delituosas tais como a lavagem de dinheiro e a sonegação fiscal.

Daí surgiu o questionamento: é constitucional a determinação de quebra do sigilo bancário por autoridade administrativa? Entendemos que somente mediante ordem judicial ou causa provável justificadora da prática de ilícito, no caso de ser mediante requisição de CPI, é que pode ser quebrado o sigilo bancário, desta feita a autoridade necessita demonstrar fundamentadamente suas hipóteses à autoridade judicial ou a membro da CPI para poder através de suas autorizações efetivar a ruptura do sigilo.

Esta pergunta traz consigo outros questionamentos: a garantia constitucional de sigilo bancário é direito fundamental? Pode lei complementar delegar à autoridade fiscal competência para realizar função jurisdicional?

Verificou-se que, por ser decorrente do direito à privacidade, incerto no artigo 5º, inciso X, da CF/88 e especificado como uma espécie de inviolabilidade de dados, inciso XII do mesmo artigo, o sigilo bancário é sim um direito fundamental, sendo protegido pela rigidez constitucional, desse modo, caracterizado como cláusula pétreia.

Quanto ao fato de lei complementar poder delegar à autoridade fiscal competência para realizar função jurisdicional, foi constatado que ainda não existe doutrina nem jurisprudência pacífica sobre o assunto, estes em sua maioria acreditam na inconstitucionalidade da Lei Complementar Nº 105/2001, neste aspecto, o que fica evidente por ser o assunto objeto de várias ADIns no STF.

Portanto, ao longo do presente estudo, buscou-se analisar os aspectos históricos desse instituto e seus diversos fundamentos, bem como, as discussões e a problemática

vislumbrada por alguns quando do nascimento da Lei Complementar 105/2001 que tutelou à autoridade administrativa a quebra do sigilo bancário para fins de fiscalização de fraudes e ilícitos, concluindo-se que em prol do interesse público é bastante razoável se adentrar a intimidade dos dados dos particulares.

REFERÊNCIAS

ALVES JR., Luís Carlos Martins. A legitimidade da quebra do sigilo bancário pelas autoridades fazendárias: uma breve análise das ações diretas de inconstitucionalidade (ADINs) 2.386, 2.389, 2.390, 2.397 e 2.406. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 10, n. 1177, set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8961>>. Acesso em: 13 dez. 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOUCHINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. O Sigilo Bancário como Corolário do Direito à Intimidade. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto=2220>>, Acesso em 19 set. 2005.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Senado, 1988.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva., 2001.

_____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros. 2004.

CASTRO, Aldemário Araújo, A Constitucionalidade da Transferência do Sigilo Bancário para o Fisco preconizado pela Lei Complementar nº105/2001. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto=2220>>, Acesso em 19 set. 2005.

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

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição*. 3ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos. 2004.

MARTINEZ, Antonio Lopo. Processo Administrativo Fiscal: função, natureza e objeto. In: FIGUEIREDO, Lucia Valle. (Coord.) *Processo Administrativo Tributário e Previdenciário*. São Paulo: Dialética, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário – Constituição e Direito Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

QUEZADO, Paulo Napoleão Gonçalves e LIMA, Rogério Silva. *Quebra de Sigilo Bancário*. Fortaleza: ABC, 1999.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.