

# **Título: A QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO PELAS AUTORIDADES FISCAIS COM O ADVENTO DA LC 105/2001**

**Cláudia Luiz Lourenço<sup>1</sup>**

**SUMÁRIO:** 1- INTRODUÇÃO; 2- A QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO PELAS AUTORIDADES FISCAIS COM O ADVENTO DA LC 105/2001; 2.1- CORRENTES E POSICIONAMENTOS CONTRÁRIOS; 2.2- CORRENTES E POSICIONAMENTOS FAVORÁVEIS; 2.3- O LIMITE E O ALCANCE DA QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO RELATIVAMENTE AO SIGILO FISCAL; 2.3.1- O SIGILO FISCAL; 2.3.2- O ACESSO AOS DADOS BANCÁRIOS NÃO PODE IR ALÉM DA AUTORIDADE TRIBUTÁRIA; 2.4- DISCUSSÃO ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 6º DA LC 105/2001; 2.5- A QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO E A DECISÃO JUDICIAL; 3- CONCLUSÃO; 4- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## **1- INTRODUÇÃO**

Na atualidade a atividade bancária é de importância vital para a economia mundial. Num mundo globalizado e informatizado não é mais possível imaginar transações comerciais sem envolvimento de uma conta bancária. A cidadania é concretizada quando se pode usufruir dos meios atuais de desenvolvimento tecnológico, assim o uso da internet e do cartão magnético bancário são alguns deles. A troca direta de mercadoria por mercadoria tornou-se ineficaz quando surgiu a moeda. Assim está acontecendo com o cheque e o papel moeda hoje, já que, a maioria das transações financeiras e comerciais é feita em moeda virtual, através do cartão de crédito. Para pagar o imposto de renda, por exemplo, basta acessar a internet e usar o número do cartão ou ir ao caixa eletrônico e efetuar a transferência para a conta do Estado. De igual forma, também, ocorrem quando transações comerciais particulares são realizadas. A relevância das atividades bancárias está presente tanto na esfera privada como na esfera pública. O Estado é auxiliado pela instituição financeira quando o contribuinte recolhe o tributo e o particular, em todas suas operações bancárias.

O sigilo bancário é tema central na atividade das instituições financeiras, pois atende tanto aos clientes quanto aos banqueiros, esses têm a confiabilidade como requisito indispensável à manutenção do negócio; àqueles há a prerrogativa de manter a discrição de seus dados bancários em relação a terceiros. Não é interesse do indivíduo que possui conta em banco que haja devassa em sua vida privada. Porém, a essência da polêmica em torno do instituto da quebra do sigilo está na contradição entre o direito do particular em não revelar suas movimentações financeiras e ao poder público em acessar suas contas em casos especiais, tendo como fundamento o interesse público.

Doutrinas e jurisprudências dominantes entendem que o sigilo financeiro não é absoluto, entretanto coadunam que a quebra do sigilo deva ser posta sob reserva de jurisdição, em face da notoriedade do direito à intimidade e à vida privada, só podendo ser relativizado por decisão judicial.

Com o advento da LC 105/2001 que, em seu art. 6º, legitima a quebra do sigilo bancário pelos agentes fiscais sem a autorização do Poder Judiciário, quando

---

<sup>1</sup> Advogada. Professora Efetiva da PUC-Goiás Especialista em Docência Universitária pela PUC-Goiás. Especialista em Direito Penal pela UFG. Mestre em Direito – Ciências Penais - pela UFG. Doutoranda em Psicologia pela PUC-Goiás. e-mail: claudialuiz.epj@gmail.com.

houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, fez com que a discussão sobre a quebra do sigilo reacendesse; porque, sob a égide da Lei nº. 4.595/1964, já estava pacificado que a quebra do sigilo poderia ocorrer se houvesse prévia autorização judicial.

Há, entretanto, direitos fundamentais insculpidos no art. 5º X e XII da Constituição Federal que tratam da privacidade e de dados do indivíduo que são, segundo a doutrina e a jurisprudência onde ancoram o sigilo bancário. Porém, cabe ressaltar que não há previsão expressa deste no texto constitucional. O problema está em saber se, com a nova lei, é possível a intervenção direta do Fisco. Como há interesses conflitantes entre o titular da conta bancária e o poder público que vai acessar os dados bancários, faz-se necessário lançar “mão” de princípios que através da ponderação do caso em concreto responderão a questão.

## **2- A QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO PELAS AUTORIDADES FISCAIS COM O ADVENTO DA LC 105/2001**

A polêmica sobre o sigilo bancário é antiga na doutrina jurídica e, de igual modo no âmbito da jurisprudência, a matéria sempre despertou discussão, principalmente no Supremo Tribunal Federal. Antes da vigência da Lei Complementar nº. 105/2001, enquanto estava em vigor a Lei nº. 4.595/64, o entendimento jurisprudencial predominante era no sentido de que o sigilo bancário não teria caráter absoluto, podendo ser afastado por autorização judicial.

Com o advento da Lei Complementar nº. 105/2001, a matéria sobre a quebra do sigilo bancário teve nova disciplina, uma vez que previu dispositivo legal, precisamente no art. 6º da referida lei, a possibilidade de as autoridades administrativas fiscais das três esferas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) terem acesso direto às informações bancárias do contribuinte independentemente de prévia determinação judicial.

Convém transcrever o dispositivo legal, *in 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. Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

O dispositivo transcrito acima é o objeto principal do presente artigo, pois são atuais discussões doutrinárias e jurisprudenciais as polêmicas que ainda circundam o tema. Certos doutrinadores entendem que o sigilo bancário está acobertado pelo direito do resguardo do indivíduo que é direito de personalidade protegido por cláusula pétrea constitucional.

Outros estudiosos do Direito posicionam-se no sentido de que as informações financeiras devam ser utilizadas pelas autoridades fiscais, já que é uma forma de dar efetividade ao princípio da capacidade contributiva do contribuinte, expresso no artigo 145, § 1º da Lei Maior, bem como, o interesse público deve

prevalecer sobre o particular nos casos em que seja necessária a sobrevivência do Estado.

## **2.1- CORRENTES E POSICIONAMENTOS CONTRÁRIOS**

Com o surgimento da Lei Complementar nº. 105/2001 e do Decreto nº. 3724/2001 que regulamentou o art. 6º dessa lei, permitindo às autoridades fazendárias o acesso às informações bancárias do contribuinte sem a necessidade de decisão judicial autorizadora, afluíram várias discussões doutrinárias e jurisprudenciais que pareciam estar pacificadas sob a égide da legislação anterior. Logo após a edição da referida lei, surgiram três Ações Diretas de Inconstitucionalidades (Adins 2386, 2390 e 2397) propostas respectivamente pela Confederação Nacional do Comércio, pelo Partido Social Liberal e pela Confederação Nacional da Indústria, cujo relator é o Ministro Sepúlveda Pertence (CHINEN, 2005, p.145), mas ainda não foram apreciadas. Essas ações têm em comum o questionamento da legislação que permite a quebra do sigilo bancário diretamente pelo Fisco e o cruzamento de dados da CPMF com a declaração do IR (imposto de renda).

Já em julgamento do RE 461.366/DF cujo relator foi o Min. Marco Aurélio de Mello, ocorrido em 03/08/2007, a primeira turma do Supremo Tribunal Federal decidiu por 3 votos a 2 que o Banco Central do Brasil não pode quebrar, diretamente, o sigilo bancário de um ex-diretor do Banco do Estado do Mato Grosso.

Segundo Marcelo da Silva Prado (2007), com esse julgamento o Supremo deu “importante sinalização de como deverá ser julgada” a Lei Complementar 105/01, a qual autorizou diversas autoridades (Fisco, Banco Central e Comissão Parlamentar de Inquérito), a quebrar, diretamente, o sigilo bancário das pessoas físicas e jurídicas independentemente de ordem judicial”. O citado colunista entende que, no julgamento das Adins mencionadas acima, o STF deve julgar pela inconstitucionalidade do artigo 6º da LC 105/2001, pois não é razoável que a decisão da quebra do sigilo financeiro possa estar concentrada na mão do agente investigador porque este não age com imparcialidade, uma vez que, ao Poder Executivo, não é conveniente concentrar poderes de forma a não gerar abusos contra direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Antes da LC 105/01, a jurisprudência do STF e do STJ já posicionava que o sigilo bancário não é direito absoluto. É oportuno transcrever ementa do RE/219780/PE cujo relator foi o Min. Carlos Velloso, julgado em 13/04/1999 pela Segunda Turma do STF:

**EMENTA: CONSTITUCIONALIDADE. SIGILO BANCÁRIO: QUEBRA. ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. CF, art. 5º, X. I. – Se é certo que o sigilo bancário que é espécie de direito à privacidade, que a Constituição protege o art. 5º, X não é um direito absoluto, que deve ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da Justiça, certo é, também, que ele há de ceder na forma e com observância de procedimento estabelecido em lei e com respeito ao princípio da razoabilidade. (...)**

Merece, também, o posicionamento do STJ sobre a matéria, confirmando a relatividade do sigilo bancário mesmo antes da referida lei:

Constitucional. Recurso ordinário em mandado de segurança. Quebra de sigilo bancário. Interesse público. Possibilidade em face de ordem de juiz competente. Art. 5º, X, XII e LV, da Carta Magna. Precedentes. 1. Pacífica a orientação deste Egrégio Tribunal Superior no sentido de que “o sigilo bancário não constitui direito absoluto, podendo ser desvendado diante de fundadas razões, ou da excepcionalidade do motivo, em medidas e procedimentos administrativos, com submissão a precedente autorização judicial. Constitui ilegalidade a sua quebra em processamento fiscal, deliberado ao alvitre de simples autorização administrativa”. (REsp. 114.741/DF – 1ª Turma – Rel. Min. Milton Luiz Pereira – DJ de 18.12.1998, p. 291).

A relativização do sigilo bancário é possível mesmo em datas anteriores à edição da lei objeto desse estudo. Porém, para aqueles que são contrários ao dispositivo infraconstitucional que possibilita a quebra direta do sigilo pelo Fisco, argumentam que ele só poderá ser quebrado quando se puder fazer o sopesamento de direitos colocados em conflitos; normalmente interesses públicos que estão em oposição com os direitos fundamentais como a intimidade, a vida privada e o sigilo aos dados do indivíduo que poderão ser resolvidos em casos concretos e de forma individualizada, necessitando, para isso, de intervenção judicial.

São vários os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, mesmo após a edição da LC 105/01, que se alinham no sentido de que o sigilo bancário é uma garantia constitucional e que a investida das autoridades fiscais às informações financeiras do contribuinte é uma afronta aos direitos da intimidade, à vida privada e ao sigilo de dados previstos no art. 5º, incisos X e XII da Constituição Federal.

No entendimento de David Diniz Dantas (2005, p.349/350), quatro argumentos são usados para sustentar a tese de que a Receita Federal, para quebrar o sigilo bancário do contribuinte, deve buscar autorização do Judiciário. O primeiro argumento é o da *liberdade* que, segundo o autor, para que haja liberdade de fato, o cidadão não pode ficar ao arbítrio dos governantes, e que para que haja devassa na intimidade de uma pessoa, é imperativa a intervenção do Judiciário, pois, do contrário, estaria infringindo o direito das liberdades públicas. O segundo argumento está baseado na concepção formal de direitos fundamentais, apresentada por Alexy que assim se resume: “o reconhecimento de um direito fundamental impõe ao legislador infraconstitucional ordens e proibições que limitam a sua liberdade de legislar”. Logo, admitindo que o sigilo bancário seja um direito fundamental, a LC 105/2001 seria inconstitucional por violar uma cláusula pétrea. O terceiro argumento está na observância do *Princípio da Separação dos Poderes* (art. 2º da CF), cujo fundamento é distribuir competência entre os órgãos de forma a eliminar arbítrio. O Fisco, ao quebrar o sigilo, o faria com imparcialidade, uma vez que seria parte interessada na arrecadação de tributos. E por último, está na aplicação do *Princípio do Due Process of Law* com projeção no art. 5º, inc. LIV da CF, dispondo que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. O argumento utilizado é que, apesar do devido processo legal poder comportar o processo judicial e o processo administrativo quando se tratar de eventual despojamento da liberdade ou de bens do indivíduo, somente o devido processo judicial seria cabível.

Também corrobora pela contrariedade da quebra do sigilo financeiro de forma direta pelo Fisco, segundo afirmam incisivamente Paulo Quezado e Rogério Lima (SOUZA, 2003, p.257):

“A LC 105 viola as garantias fundamentais da privacidade e do devido processo quando permite à União conhecer dos montantes globais da movimentação do contribuinte antes que se manifeste (...)”.

Não é outra a opinião do eminente tributarista Ives Gandra da Silva Martins (DELGADO, 2001, p.30-31) desta forma se posiciona:

“Pelos incs. X e XII do art. 5º tem o contribuinte o direito de preservação de sua intimidade, de sua privacidade e de que terceiros que detenham informações pessoais suas sejam obrigados a guardá-las. Não pode, pois, a fiscalização exigir de terceiros informações que apenas pode obter do próprio contribuinte. Em determinadas hipóteses, todavia, o interesse público há de prevalecer sobre o interesse individual, mas caberá a um outro poder definir se tais hipóteses efetivamente ocorrem, com o que poderá, o Poder Judiciário, autorizar, se convencido estiver o magistrado de que a hipótese é de gravidade e de lesão ao interesse público, a quebra do direito ao sigilo bancário. Estou convencido ser esta a melhor conformação jurídica da questão, idealizada pelos constituintes, defendida pela doutrina e consagrada na jurisprudência, corrente exegética esta a que me filio desde os meus primeiros escritos sobre a matéria”.

Além desses citados acima, somam-se a eles, Hugo de Brito Machado, Roque Carrazza, Juliana Garcia Belloque e muitos outros. Vale a pena expressar, aqui, também, a posição de Belloque (2003, p.122):

(...) o Poder Judiciário é o único legitimado, no Estado Constitucional brasileiro, para a decretação da quebra de sigilo financeiro, ato de restrição do direito fundamental à intimidade. Essa assertiva decorre essencialmente da conjugação de dois fatores: I – no equilíbrio do exercício limitado e repartido das funções estatais, o Poder Judiciário apresenta-se como aquele exclusivamente vocacionado à decisão valorada de restrição de direito fundamental; II – a grave restrição da intimidade, aspecto do direito à liberdade individual, como implicação da quebra do sigilo financeiro, apenas pode ocorrer por meio do devido processo legal, cujo desenvolvimento exige a atuação condutora do juiz constitucionalmente competente.

Percebemos uma gama de renomados autores defendendo a legitimação do Poder Judiciário para a decretação da quebra do sigilo financeiro, e da falta de legitimidade das autoridades fiscais.

## **2.2- CORRENTES E POSICIONAMENTOS FAVORÁVEIS**

Contrariando aqueles que advogam que as autoridades fiscais não podem quebrar diretamente o sigilo bancário na forma prescrita no art. 6º da LC 105/2001, há muitos outros favoráveis à medida restritiva. Esses entendem que a lei infraconstitucional não fere as garantias constitucionais do cidadão tais como: a intimidade, a vida privada e os dados bancários desde que coadunem com os critérios da lei e exista interesse público que o justifique. Essa corrente, também, entende que a ruptura do sigilo bancário não está sob a reserva de jurisdição, isto é, não está sob a égide do Judiciário a primeira e última palavra.

Soma-se a esses argumentos, a pecha de parcialidade da autoridade fiscal, no entanto, isso não constitui razão suficiente para impossibilitá-la de restringir

direito fundamental, uma vez que seus atos são sempre passíveis de revisão prévia ou posterior pelo Poder Judiciário.

Estão nas palavras de Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho (PIZOLIO & VIÉGAS JÚNIOR, 2005, p. 132-133.) importante argumento em favor do Fisco:

O ganho de eficiência dos meios da fiscalização tributária e a conseqüente maior arrecadação do que é legalmente devido, o que já foi notado pela sociedade brasileira imediatamente após a publicação da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, que permite a transferência direta do sigilo bancário para a Administração tributária, traz, entre nós, a clara percepção de que os verdadeiros inimigos e concorrentes desleais dos contribuintes são aqueles que, apostando nas amarras e na ineficiência do Fisco, conseguem se evadir de suas obrigações tributárias, forçando o Estado, que não pode prescindir da arrecadação que lhe é necessária, a tributar, cada mais, os que pagam os tributos honestamente, o que vai de encontro à razoabilidade da tributação, proporcionadora da liberdade, justamente, aquilo que o Estado fiscal visa a assegurar.

David Diniz Dantas (PIZOLIO & VIÉGAS JÚNIOR, 2005, p.348) apresenta três argumentos a favor do Poder Executivo em proceder à quebra do sigilo bancário dos contribuintes, sem uma prévia autorização do Judiciário. O primeiro é o da *prevalência do interesse público sobre o privado*. Isso quer dizer que os interesses do Estado justificam a sua intromissão na privacidade do cidadão sempre que houver justificativa razoável para tanto. A medida da quebra deve obedecer ao princípio da proporcionalidade, ou seja, ela tem que ser adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. O segundo está relacionado com o princípio da capacidade contributiva do contribuinte, previsto no art. 145, § 1º da Constituição que possibilita ao Fisco a identificação do patrimônio, dos rendimentos e das atividades econômicas do contribuinte somente quando é possível a observância dos direitos individuais. Para atender esse princípio, basta que a administração fazendária não divulgue as informações obtidas a terceiros e que também não as usem além dos objetivos fiscais de modo a não ferir a vida privada do cidadão. Assim, o agente fiscal deve obedecer ao sigilo fiscal e aos princípios da administração pública da impessoalidade e da moralidade, de forma que não exorbite o exercício de sua função pública. O último requisito fundamenta-se no princípio da legalidade. O poder-dever de o Estado-Administração requisitar informações financeiras do contribuinte tem base legal prevista no art. 6º da lei complementar 105/2001, prevendo dois requisitos para que as autoridades fiscais obtenham informações bancárias sem autorização judicial: a existência de um procedimento administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e, que o exame da documentação requisitada se apresente indispensável pela autoridade administrativa.

Há, também, jurisprudência que é favorável ao acesso direto das informações bancárias pelo Fisco:

Instaurado procedimento administrativo, está autorizada a quebra do sigilo bancário, porquanto não é absoluto. Exegese da Lei Complementar 105, de 2001. Não há falar, assim, em inconstitucionalidade frente a uma possível discordância existente entre esses normativos e os princípios preconizados no art. 5º, incs. X e XII, da CF/88. É que as informações sobre patrimônio das pessoas não se inserem nas hipóteses do inc. X da CF/88, uma vez que o patrimônio não se confunde com a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem. O próprio

Código Tributário Nacional, em seu art. 197, inc. II, preconiza que os bancos são obrigados a prestar todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios e atividades de terceiros à autoridade administrativa.(...) (TRF, 4ª Região – 2ª Turma – 2001. 04.01.056045-6/PR – DJ2 n. 187, 17.10.2001, p.882).

O sigilo bancário é tema tão controvertido que há opinião doutrinária no sentido de não reconhecê-lo, pois não há previsão constitucional na Carta de 1988 que expresse tal direito. O melhor seria induzir que ele está acobertado nos direitos à intimidade e à privacidade por mera construção interpretativa.

Esse é o entendimento de Saraiva Filho (PIZOLIO & VIÉGAS JÚNIOR, 2005, p. 143) que acrescenta:

De fato, a Constituição Federal, de 1988, além de não assegurar expressamente entre os direitos individuais no artigo 5º, tampouco no artigo 145, § 1º, o dever de as instituições financeiras manterem sigilo sobre as operações realizadas através delas, ao cuidar do sistema financeiro nacional, no artigo 192, também nada dispôs sobre o sigilo bancário. Não vislumbramos o sigilo bancário entre o direito à intimidade, ou o denominado direito de estar sozinho. (...) Tenho que o sigilo bancário está, normalmente, encaixado entre um dos instrumentos de defesa da propriedade, como proteção contra a curiosidade sem justo motivo de terceiros ou concorrentes, sujeito, portanto, à relativização em face do interesse público predominante, sendo que só excepcionalmente, as informações e documentos bancários, relativos a meros números, a contabilidade fria, poderiam revelar alguma relação com a vida privada do contribuinte.

Um importante argumento em favor da Fazenda Pública é o estipulado por Roberto Massao Chinen (2005 p.186-187). Esse autor desenvolve a tese de que as faculdades atribuídas aos agentes fazendários pela LC 105/2001, expressamente previstas no art. 145 da CF, têm por fim último a efetividade do princípio da capacidade contributiva do contribuinte. Sua tese é sustentada com o auxílio do princípio da proporcionalidade, que para ser válida, as medidas adotadas pelos agentes fiscais ao imiscuir nos dados financeiros do cidadão devem ser adequadas, necessárias e proporcionais. Há adequação porque a quebra do sigilo bancário como está previsto no art. 6º da lei contribuem para alcançar os fins a que se destinam, pois facilitam a identificação de rendimentos omitidos, principalmente por contribuintes não assalariados como autônomos e empresários.

Além disso, a medida também é válida, já que é autorizada pela própria Constituição, através do § 1º do art. 145 que reconhece a competência de fiscalização da Administração Tributária, inerente à própria competência de tributar. Daí concluir que os contribuintes não possuem quaisquer direitos subjetivos que justifiquem a recusa de identificar, confessar ou declarar ao Fisco todos os seus rendimentos, patrimônio e movimentações bancárias. O passo seguinte foi verificar se as medidas adotadas pela lei são necessárias. O autor entende que são. Elas constituem meios mais eficazes para os fins a que se destinam, quais sejam, minimizar as distorções da aplicação da capacidade contributiva. O último caminho percorrido foi analisar a proporcionalidade em sentido estrito, isto é, a ordem para levantar o sigilo está subordinada a uma série de garantias previstas na LC 105/01 e no Decreto 3.724/01, tais como: a existência de prévio processo administrativo ou procedimento fiscal; a indispensabilidade dos dados bancários para a apuração dos fatos; intimação prévia do sujeito passivo para que faça esclarecimentos sobre sua movimentação bancária; conservação do sigilo por parte dos agentes fiscais que

responderão na esfera administrativa e poderão perder o cargo através de demissão, além de submeter à ação penal e civil.

É coerente observar que a quebra do sigilo bancário, proposta no art. 6º da LC 105/2001 está conforme aos dispositivos constitucionais, a saber, não fere as normas contidas no artigo 5º, incisos X e XII, pois a privacidade e os dados dos contribuintes não podem ultrapassar a “barreira” do sigilo fiscal que funciona como anteparo para o sigilo bancário em relação a terceiros. A autoridade fiscal poderá ser responsabilizada se quebrar o sigilo fiscal a respeito de informações bancárias recebidas ou se requisitá-las em desconformidade com as exigências legais. O referido dispositivo, também, coaduna com os princípios da igualdade (art. 150, CF); da capacidade contributiva (art. 145, § 1º, CF) e com os princípios administrativos constitucionais, expressos no art. 37 (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência). Esses princípios, além de assegurar maior eficiência à Administração Pública, também proporcionam aos contribuintes garantias que seus informes bancários só possam ser utilizados conforme prescreve a lei.

Ademais, no mundo globalizado de hoje, em que os negócios são feitos principalmente pela internet, é justificável que as autoridades tributárias possam ter acesso direto às informações bancárias, uma vez que a Administração Tributária não pode estar em descompasso com a evolução tecnológica em que se processa nos tempos de agora.

## **2.3- O LIMITE E O ALCANCE DA QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO RELATIVAMENTE AO SIGILO FISCAL**

A extensão da quebra do sigilo bancário não pode estar dissociada do dever de sigilo fiscal das autoridades administrativas. Para os agentes fiscais, há sempre o dever de observar os dispositivos expressos legais do Código Tributário Nacional que impõem obrigatoriedade em guardar sigilo das informações fiscais que obtiverem em razão de suas funções. O sigilo bancário só tem sentido enquanto protege o contribuinte contra o perigo de divulgação ao público em geral, e não enquanto às informações estiverem nos limites das autoridades fiscais competentes para a análise da situação das contas do contribuinte em processo ou procedimento que permite o artigo sexto da LC 105/2001. Nesse caso, o sigilo fiscal funciona como um “escudo” que ampara os contribuintes de eventuais devassas de suas informações contidas nos bancos.

### **2.3.1- O SIGILO FISCAL**

O sigilo fiscal tem amparo legal no art. 198 do CTN que proíbe a Fazenda Pública ou seus servidores de divulgar informações referentes à situação econômica ou financeira das obrigações tributárias dos sujeitos passivos ou de terceiros, bem como à natureza e ao Estado de seus negócios e atividades. Esse artigo apresenta expresso na seguinte forma:

Art. 198. Sem prejuízo do dispositivo na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.



O sigilo fiscal deve constituir, pois, garantia de confiabilidade da situação tributária dos contribuintes pessoas físicas e jurídicas. Sendo assim, os agentes do Fisco, como representantes do Estado, não têm o direito de repassar as informações obtidas, em razão da função que exerce, a terceiros ou outros órgãos sem que haja autorização legal para tal. O próprio artigo 198 do Código Tributário traz em seus três parágrafos institutos que excepcionam o dever de sigilo: representações fiscais para fins penais; inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública; parcelamento ou moratória; requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça, dentre outras.

No entender de Hugo de Brito Machado (2005, p.790), a ação da administração tributária, quando está no poder de fiscalizar, deve-se desenvolver respeitando os direitos individuais e a prescrição da lei. Deve concluir, daí, que o Estado, para captar os recursos de que necessita, ao imiscuir na vida privada do cidadão, deve tomar os devidos cuidados ao divulgar informações que estão em seu poder. Do contrário, pode arruinar, ou até mesmo levar os negócios do contribuinte a bancarrota. Portanto, a guarda do sigilo fiscal é uma contrapartida da faculdade do poder dever de fiscalizar do Estado.

A LC 104/2001, que alterou o art. 198 do CTN, ampliou o rol de exceções ao sigilo fiscal, que segundo o entendimento de Brito:

(...) a Lei complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, ao alterar a redação do art. 198 do CTN, amplia demasiadamente as exceções ao dever de sigilo fiscal, de sorte que realmente se pode dizer que na prática este já não existe. Assim, as autoridades da Administração Tributária estão liberadas para fazer o que mais gostam, que é publicidade sensacionalista, como forma de constranger o contribuinte.

É certo, também, que o Estado cada vez mais tem se imiscuído na vida do cidadão-contribuinte; porém, mesmo respeitando o posicionamento do eminente mestre citado acima, tais alterações, implementadas pela lei nº 104/2001, não retiram o dever de resguardo do sigilo fiscal por parte da Administração Fazendária e de seus agentes, pois os casos de exceções, previstos no art. 198 do CTN, não significam ampla publicidade ou disponibilidade dos dados ou informações fiscais para qualquer pessoa, com qualquer objetivo. As referidas exceções estão transcritas a seguir:

§ 1º Excetua-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes: I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça; II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração de regular processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa. § 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo. § 3º Não é vedada a divulgação de informações relativas a: I – representações fiscais para fins penais; II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública; III – parcelamento ou moratória.

O sigilo fiscal e o sigilo bancário, apesar de serem institutos conexos, não se confundem, pois este seria uma espécie daquele na medida em que resguarda os dados obtidos em decorrência da movimentação bancária, que não necessariamente envolvam ganhos ou bens; enquanto aquele impõe o resguardo pela autoridade administrativa sobre todas as informações do contribuinte obtidas em razão do ofício. Essas informações comportam a situação econômico-financeira do cidadão, dos seus bens e seus ganhos (FOLMANN, 2005, p. 153).

### **2.3.2- O ACESSO AOS DADOS BANCÁRIOS NÃO PODE IR ALÉM DA AUTORIDADE TRIBUTÁRIA**

Da interpretação do art. 6º da LC 105/2001 chega-se à conclusão de que os dados bancários, uma vez entregues à autoridade fiscal, devem permanecer sob a sua guarda que, a priori, não é passível de se transferir a terceiros. Porém, a LC 104/2001 ao alterar o art. 198 do CTN previu, no § 1º inciso II, que as autoridades administrativas não estão obrigadas a manter o sigilo fiscal quando solicitações dessas autoridades forem do interesse da Administração Pública com o requisito de comprovação de instauração regular de processo administrativo no órgão ou na entidade respectiva com o objetivo de investigação do sujeito passivo sobre informação por prática de infração administrativa. Esse inciso é muito criticado, principalmente, porque possibilita que a autoridade fiscal repasse dados tributários a outros órgãos ou autoridades administrativas diversas da tributária. Um exemplo seria a Receita Federal repassar dados da declaração do IRPF de um contribuinte ao Tribunal Regional do Trabalho para que esse executasse sentença trabalhista, utilizando-se de informações da declaração de bens.

No entender de Marco Aurélio Greco (PIZOLIO & VIÉGAS JÚNIOR, 2005, p. 148), o dispositivo citado acima padece de inconstitucionalidade, uma vez que ofende o princípio da capacidade contributiva do contribuinte, pois tolhe os direitos individuais do cidadão quando permite que a autoridade fiscal quebre seus dados fiscais.

O sigilo bancário tem por finalidade a proteção contra a divulgação ao público, em geral, de informações acerca dos negócios do cliente do banco perante às instituições financeiras. Por outro lado, por força da legislação tributária, inclusive a do imposto de renda, os contribuintes não têm o direito de esconder do Fisco ou dele omitir informações sobre suas rendas, seu patrimônio, enfim qualquer negócio que seja do interesse da tributação. Daí, resultar em interesses conflituosos que de um lado está o particular que pretende ver os seus informes bancários resguardados, e de outro está o poder público que tem legítimo motivo de ordem pública, como os relacionados aos combates à evasão e sonegação fiscais. Sabe-se que não há um direito absoluto do sigilo bancário oponível ao Fisco, o que deve ocorrer, porém, é uma troca de sigilo bancário para o sigilo fiscal.

### **2.4- DISCUSSÃO ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 6º DA LC 105/2001**

A grande polêmica sobre o tema “quebra de sigilo bancário” está em confirmar a legitimidade de as autoridades administrativas fiscais poderem ter acesso direto aos dados bancários do contribuinte como vem expresso no artigo 6º dessa lei.

Ainda não há a última palavra do Judiciário até o momento a respeito da constitucionalidade ou não desse dispositivo. O que existe hoje, é um grande debate doutrinário e divergência jurisprudencial a respeito do assunto. Enquanto uns defendem a inconstitucionalidade, outros sustentam a constitucionalidade da medida. Todos eles utilizam argumentos convincentes que devam ser colocados numa “balança de precisão” para saber quem irá prosperar. Só com o julgamento definitivo das três Adins 2.386, 2.390 e 2.397 é que se espera pôr fim a tal celeuma.

Calorosas discussões ocorrem no âmbito doutrinário e, a partir de agora, serão apresentados alguns posicionamentos de estudiosos sobre o tema.

Começando com o eminente Ives Gandra da Silva Martins cujo parecer é pela inconstitucionalidade da LC 105/2001. Veja *in verbis* o que ele diz:

(...) A sonegação deve ser combatida e pode ser combatida com os instrumentos legais antes existentes. O que não se pode é pisotear direitos fundamentais do contribuinte, alijando o Poder Judiciário do exame desta questão, o que de resto, o inc. XXXV do art 5º da CF proíbe. Parece-me, pois, que a questão é, pois, meramente jurídica. A lei complementar afasta direitos fundamentais dos contribuintes (art. 5º, X, XII e XXXV) e não objetiva proteger o sonegador de quebra do sigilo – proteção que nunca teve – mas impedir o Poder Judiciário de exercer a função de Poder Neutro, que defende o Fisco contra o sonegador e o bom contribuinte contra o Fisco.

Posiciona-se, também, pela inconstitucionalidade do dispositivo Melissa Folmann (2005, p. 113) que enumera vários direitos e princípios infringidos, assim expressos:

A edição da Lei Complementar 105/01 com o Decreto 3.724/01 vem propiciar uma gama de afrontas ao texto constitucional, haja vista o número de princípios e direitos que joga ao vento como que a desmoronar todo o sistema erigido há anos. Dentre os direitos constitucionais que afronta estão: a privacidade ( art. 5º, X) o sigilo ( art. 5º, XII), acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV), o devido processo legal (art. 5º, LVII), e livre concorrência (art. 170, IV). Além disso, atenta contra o princípio da tripartição de poderes e da proporcionalidade.

Não é outro o pensamento de Márcia Haydée Porto de Carvalho (2007, p.240), porém, ela usa argumentos diferentes para justificar a inconstitucionalidade do dispositivo que, segundo a doutora e Promotora de Justiça do Estado do Maranhão:

“o art. 6º da LC 105/2001, ao regular a forma a ser observada pelo Fisco para a quebra do sigilo bancário, não fixou cautelas processuais suficientes para resguardar os direitos fundamentais conflitantes, desatendendo ao disposto na parte final do art. 145, § 1º, in fine, da Constituição Federal, sendo, por isso, inconstitucional.

Em posição contrária às enumeradas anteriormente, está a do Procurador da Fazenda Nacional, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho (PIZOLIO & VIÉGAS JÚNIOR, 2005, 160, 163), que comunga pela constitucionalidade desse artigo, tendo em vista que as transferências das informações bancárias do contribuinte para o Fisco defluem do nosso sistema jurídico e que as proteções ao sigilo bancário são relativizadas para atender o interesse público que predomina sobre o interesse privado.

Há, também, mais argumentos interessantes a favor da constitucionalidade do art. 6º da LC 105/2001 que vêm de Aldemário Araújo Castro (2007), outro Procurador da Fazenda Nacional. Para esse doutrinador, o art. 145, § 1º autoriza a relativização do sigilo bancário, permitindo que, por interesse público, a administração fazendária, através de seus agentes fiscais, possa ter acesso aos fatos de natureza ou conteúdo financeiro reveladores da intimidade ou vida privada. Vale expressar *in verbis*, trecho de sua argumentação:

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 tributárias, cujos recursos arrecadados via tributação constituem a principal, quiçá, forma de realização da justiça social.

Na realidade, a vertente argumentativa é fundamentada no princípio da proporcionalidade, uma vez que se faz um confronto de interesses, bens ou valores constitucionais como vida privada, intimidade e dados individuais com interesses públicos do Estado que consubstancia no dever-poder de tributar o contribuinte, previsto, por exemplo, no art. 145, § 1º da CF. Com a aplicação desse princípio, é possível fazer um sopesamento ou avaliação ponderada dos fins para se obter uma solução menos gravosa.

Segundo Aldemário Araújo Castro, ao fazer o sopesamento dos princípios constitucionais conflitantes, o jurista terá de afastar ou diminuir a força de um deles sem aniquilá-lo para viabilizar a realização do outro. Esse é o modelo apresentado por Robert Alexy que, na realidade, faz um balanceamento de princípios sem, contudo, anulá-los. Para estruturar a tese em defesa da constitucionalidade do acesso das autoridades e dos agentes fiscais aos documentos, livros e registros de instituições financeiras, o referido doutrinador usa, como exemplo, a Adin nº 1.790-DF em que o STF firmou entendimento de que são juridicamente possíveis, a convivência da privacidade com os “arquivos de consumo”, utilizados de forma generalizada no mercado. Analise o questionamento e respostas por ele apresentados em sua literalidade:

(...) Diante desta decisão do Supremo, subsiste, sem resposta, a seguinte pergunta: por que a formação e utilização dos chamados “arquivos de consumo” pode conviver com os direitos à intimidade e vida privada e a transferência criteriosa e sigilosa de informações financeiras para o Fisco não pode? Qualificamos propositalmente de criteriosa e sigilosa a transferência das informações financeiras para o Fisco porque no âmbito da constituição e manuseio dos tais “arquivos de consumo” não verificamos estes rigores. Em regra, qualquer caixa ou atendente de uma loja comercial tem acesso imediato, “on-line” instantâneo, em tempo real

a uma multidão de dados financeiros do cliente (ou possível cliente). Entre estes dados podemos encontrar: endereços, telefones, contas bancárias, saldos médios, patrimônio mobiliário e imobiliário, níveis de créditos, etc,etc,etc.

Não é difícil de concordar que o Fisco só imiscuirá na esfera bancário financeiro-privada dos contribuintes, caso os mesmos não apresentem de forma adequada e corretamente as declarações e informações que estão obrigados a presta-as.

## **2.5- A QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO E A DECISÃO JUDICIAL**

Antes da edição da Lei Complementar nº. 105/2001, a doutrina e a jurisprudência eram praticamente uníssonas em entender que para se quebrar o sigilo bancário teria necessidade de decisão judicial permissiva. Portanto, para que as autoridades tributárias tivessem acesso às informações bancárias do contribuinte, deveriam recorrer ao Poder Judiciário. Para chegar a esse ponto, longos embates ocorreram desde a edição da Lei 4.595 de 1964. Quando tudo parecia pacificado, surge a atual Lei do sigilo bancário que traz à tona a velha discussão. Há diversos

doutrinadores que não reconhecem a literalidade do artigo sexto da norma atual que dá às autoridades tributárias e aos seus agentes fiscais a autonomia de requerer diretamente das instituições financeiras as informações bancárias, persistindo no entendimento de que somente o Judiciário está apto a avaliar o Fisco em adquirir tais informações. Espera-se que essa discussão não dure tanto quanto a anterior, haja vista que o STF ainda é carecedor de manifestação sobre a questão. Porém, há julgados no STJ e nos TRF,s que se faz oportuno expressar alguns(FOLMANN, 2005, p. 174):

O direito aos *sigilos* bancários e fiscal não configura direito absoluto, podendo ser elidido se presentes indícios ou provas que o justifiquem, desde que devidamente demonstrados na decisão do Magistrado. (STJ, HC 17.911/SP – 5ª Turma – DJ. 04.03.2002, p. 278) I - A jurisprudência desta c. Turma é no sentido de que somente a autoridade judiciária, em processo judicial, pode conceder autorização para a revelação de informações protegidas pelo *sigilo* bancário. II – A superveniência do art. 6º da LC 105, de 10.01.2001, não teve o condão de legitimar as quebras de *sigilo* do passado, levadas a efeito em desconformidade com a legislação então vigente, judicial para decretação da quebra do *sigilo* bancário da Agravada. (TRF/1ª Região – AG 1999. 01.00.086118-2/PA – DJ 25.02.2002, p. 117)

A Lei Complementar 105/2001 para os defensores de que a quebra do sigilo bancário só é possível por decisão judicial, além de julgá-la inconstitucional, gerou um desequilíbrio entre o direito ao sigilo bancário e os interesses do Estado. Isto porque lesa direitos fundamentais, tais como direitos ao sigilo de dados e da privacidade, os princípios da reserva de jurisdição, da separação do poder, da ampla defesa e do contraditório, dentre outros.

Para Melissa Folmann (2005, p.145-146), a lei em comento, ao retirar do Judiciário o poder de apreciação da quebra do sigilo, em verdade retirou do cidadão o direito ao devido processo legal que, no seu entender, constitui cláusula pétrea, principalmente, num Estado de Direito que encontra na tripartição de poderes uma de suas manifestações. Essa autora entende que a normatização do art. 6º, que permite a Administração Tributária, órgão do Poder Executivo, ao acessar diretamente as informações bancárias do contribuinte, está em descompasso com o sistema jurídico em vigor, pois dá a um só órgão, tendo como exemplo a Secretaria da Receita Federal, o poder de investigação, acusação e julgamento. O órgão do Executivo não dispõe da imparcialidade, característica do Poder Judiciário, para quebrar o sigilo. Isso ocorre porque somente o Judiciário é terceiro neutro e imparcial da relação Fisco-Contribuinte.

Veja, também, o pensamento de Tourinho Neto a respeito do tema (FOLLMAN, 2005, p.146):

Ora, estando um conflito entre o Fisco e o contribuinte, evidentemente, não é a autoridade fiscal que vai dizer se os documentos bancários sigilosos são ou não indispensáveis. Um terceiro, imparcial, é quem pode solucionar o conflito ocorrente entre o interesse do Fisco e o direito de privacidade do indivíduo. Este terceiro é o juiz.

Para Domingos Franciulli Netto (2005, p.22-23), ministro do STJ, o sigilo bancário só pode ser quebrado por decisão judicial, afora a exceção em favor das Comissões Parlamentares de Inquérito, pois é dogma aceito pela doutrina e perfilhado pelos tribunais superiores, devido ao postulado do Estado Democrático de Direito. Em obediência a esse princípio, não é possível deferir ou indeferir a quebra do sigilo por meros despachos administrativos. É necessário que haja decisão motivada e isso só é possível à autoridade judiciária, pois somente a magistratura

tem a virtude de proceder com cautela, prudência e moderação tal medida. No entanto, não há na Constituição Federal nenhuma disposição explícita de que a quebra do sigilo bancário só possa ser tomada pelo Poder Judiciário. (CARVALHO, 2007, P.253) Entretanto, é firme jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça no sentido de não poder a quebra do sigilo bancário ficar ao alvitre de simples autorização administrativa (FRANCIULLI NETTO, 2005, p.23). São, ainda, as palavras do referido autor:

Como o sigilo bancário envolve direta ou indiretamente vários direitos protegidos pela Carta Política, entre os quais podem ser citados os constantes dos incisos X, XI, XII, XXXV, LIV e LV do artigo 5º da CF de 1988, despidendo ressaltar a necessidade de decisão motivada, até ex vi do art. 93, inciso IX, da mesma Lei Maior.

Já Rogério Lima (2000, P. 148) observa que, na quebra do sigilo bancário, está obrigado a observar o devido processo legal. Para ele, o devido processo legal tem duplo aspecto: o material ou substancial e o formal ou processual. O primeiro, bem mais abrangente, significa que o sigilo não poderá ser excepcionado arbitrariamente, sem obediência às normas e aos princípios constitucionais que regem o direito fundamental ao sigilo de dados, sob pena de considerar-se a medida inconstitucional. É necessário, além disso, que se demonstre a necessidade, a adequação e a razoabilidade da quebra diante da situação fática, ou seja, o princípio da proporcionalidade deve ser, no caso concreto da quebra do sigilo bancário, observado. O segundo aspecto, de ordem estritamente processual, significa a possibilidade real de defesa do cidadão que lhe proporciona a ciência do processo e a garantia do contraditório.

Contrapondo àqueles que insistem em observar que o sigilo bancário deve ser precedido de ordem judicial, é necessário levar em conta, também, que há outros princípios e, principalmente, interesses de ordem pública que podem ser balizados para justificar que o Fisco possui aptidão para imiscuir na vida financeira do cidadão nos casos permitidos por lei. O argumento utilizado, por exemplo, de que o Fisco é parte na relação jurídica tributária, não sendo, portanto, imparcial, não merece guarida, pois a autoridade fiscal está sob a égide do princípio da impessoalidade quando adentra à situação bancária do contribuinte. Deve-se considerar que o Fisco, nessa relação jurídica, é sujeito impessoal e, conseqüentemente, órgão eqüidistante no sentido que deve agir independentemente de qualquer circunstância ou particularidade quando tem em mãos os dados bancários do contribuinte. Não é dado ao agente a faculdade de prejudicar ou beneficiar determinado cidadão sob pena de responder penal, civil e administrativamente, além do que, o controle jurisdicional a posteriori sempre será possível, em caso de violação da norma constitucional ou legal.

Aylton Dutra Leal, então chefe de Assessoria Especial da Secretaria da Receita Federal em 2001, defende a tese de que o fato da lei complementar 105/2001 não exigir autorização judicial para a quebra do sigilo bancário não significa violação de qualquer direito ou garantia individual. Primeiro, porque o sigilo das informações transferidas ao Fisco é preservado em toda a sua integridade. Segundo, porque qualquer violação aos limites legalmente impostos às requisições do Fisco ou qualquer abuso verificado no uso das informações bancárias, recebidas pelas autoridades fiscais, poderá e deverá ser sempre controlada pelo Poder Judiciário, mediante provocação do interessado, consoante disposto no art. 5º, XXXV da Constituição. Há, ainda, segundo estatística do referido autor que o

Judiciário teria recebido, em 1999, somente da Secretaria da Receita Federal, cerca de vinte mil pedidos de autorização

para fornecimento de informações sobre movimentação bancária de contribuintes, o que faria dos órgãos jurisdicionais verdadeiros balcões de despacho de pedidos de fornecimento de informações, em prejuízo da solução ágil de litígios. (CHINEM, 2005, p.99).

Outro aspecto que deve ser ressaltado para a quebra do sigilo bancário, está no poder de polícia do Estado, que, com fundamento no atributo da auto-executoriedade, a Administração Pública pode executar seus atos sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário, sempre que existir expressa previsão em lei ou quando se tratar de medida urgente que, se não for adotada de imediato, possa causar prejuízo maior para o interesse público. Daí, o ato de acessar os dados bancários diretamente pelo Fisco é legítimo, desde que realizado no exercício do poder de polícia fiscal, que autoriza restrição de liberdades individuais e imposição de deveres aos particulares com vistas a uma justa e isonômica tributação, sendo dotado de auto-executoriedade com fundamento na Lei complementar 105/2001, independentemente de autorização judicial (CHINEM, 2005, p.98-99).

De tudo o que foi exposto, é fácil perceber que a quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, conforme está estampada na LC 105/2001, ainda não é pacífica. Faz-se necessário que haja mais um pouco de tempo para que os tribunais e a doutrina possam amadurecer suas convicções para que, se possível, convirjam numa solução única. Enquanto isso não ocorre, há que se conviver com tais divergências de posicionamentos, embora não se possa contestar que, de fato, há lei permissiva em vigor que possibilita a incursão direta do poder fiscalizatório na vida privada do contribuinte.

### **3- CONCLUSÃO**

O tema sigilo bancário é por demais complexo, apesar de antigo. Não há consenso doutrinário acerca do seu conceito, mas pode se entender que é o dever que têm os bancos ou instituições financeiras de manutenção da confidencialidade dos dados pessoais de seus clientes. É, pois, uma obrigação jurídica, cuja natureza é de vínculo obrigacional que emerge no dever pelo qual o banco fica sujeito a cumprir em proveito de outrem. Sua finalidade é resguardar a intimidade e a privacidade dos clientes. Os sujeitos envolvidos nessa relação obrigacional são os próprios clientes (sujeito ativo) que podem ser pessoas físicas ou jurídicas e a instituição financeira (sujeito passivo) que deve ser entendida em sentido amplo conforme se pode verificar no art. 1º da LC 105/2001. Já o objeto dessa relação jurídica envolve as informações, abrangidas pelo sigilo bancário que, também, constituem ponto de divergência. Para uns, a ficha cadastral como endereço, CPF, RG faz parte dessas informações, enquanto para outros, não.

Há direitos individuais constitucionais, fundamentais, previstos no art. 5º incisos X e XII que tratam, respectivamente, da privacidade e de dados que são utilizados por vários doutrinadores e jurisconsultos para sustentar o sigilo bancário. Como não há previsão expressa do sigilo financeiro na Constituição, sua aceitação constitucional depende de interpretação.

Uns dizem que o sigilo é direito fundamental, decorrente do desdobramento do direito à privacidade (sentido genérico) que abrange a esfera íntima, vida privada e de personalidade, implícito no art. 5º, inciso X. Outros sustentam a tese do sigilo nos *dados* bancários, que é inovação da Constituição de

1988, constante no inciso XII daquele artigo. No entanto, há entendimentos diversos em relação aos *dados* que podem ser só informáticos ou informações em geral, e bem como, se são considerados como estáticos ou dinâmicos. Apesar da oscilação doutrinária e jurisprudencial sobre o assunto, há sempre o encaixe do sigilo bancário em um, em outro, ou em ambos os incisos.

O sigilo bancário, quando apresenta a natureza de direito fundamental não é absoluto. Sua relativização ocorre porque há, na Constituição, outros direitos e interesses de nível constitucionais que são conflitantes. Princípios da isonomia, da capacidade contributiva, proporcionalidade dentre outros são aplicados ao caso concreto de quebra quando houver colisão de direitos que envolvam particulares e interesses do Estado. O princípio da proporcionalidade, por exemplo, apresenta-se em três vertentes: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Tal princípio é de suma importância para decidir se pode ocorrer ou não a quebra do sigilo, quando confrontados direitos individuais da privacidade e de dados do indivíduo com princípios tributários da isonomia e da capacidade contributiva que permitem ao poder público ingerir-se na conta bancária do contribuinte a fim de tributá-lo.

Com o advento da LC 105/2001, que possibilitou a ingerência dos agentes fiscais à conta bancária do cidadão nos casos permitidos pelo art. 6º, a polêmica envolvendo a quebra do sigilo bancário tornou-se vultosa. Eminentes tributaristas e doutrinadores como Ives Gandra Martins, Hugo de Brito Machado, Juliana Garcia Belloque entendem que a lei é inconstitucional porque é necessário que o Poder Judiciário dê previamente o aval para que o Fisco intrometa na vida privada do contribuinte. Segue, também, essa opinião grande parte da jurisprudência. Há, inclusive, três Adins (2386, 2390 e 2397) em andamento, ainda não julgadas pelo STF.

No entanto, existem posições contrárias como as de Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho, Roberto Massao Chinen e Aldemário Araújo de Castro que acolhem a constitucionalidade da citada lei que permite o acesso direto das autoridades e agentes fiscais às informações bancárias nos casos pertinentes. Esses agentes são obrigados, pelo artigo 198 do CTN, a guardar sigilo fiscal das informações recebidas que é uma espécie de “barreira” para que os informes bancários não cheguem, indiscriminadamente, a terceiros quaisquer. Sem dúvida, o posicionamento dessa corrente é a que melhor atende aos anseios da sociedade e do Estado brasileiro porque dá maior transparência às operações bancárias, evitando que transações e interesses escusos permaneçam impunes. Permite, também, que haja implementação efetiva do princípio da capacidade contributiva que está explícito no art. 145, parágrafo 1º da Constituição.

A discussão continuará em aberto, enquanto o STF não julgar, em definitivo, as três Adins que estão em andamento.

#### **4- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Tributário na Constituição e no STF: teoria e jurisprudência**. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.



BALTAZAR JUNIOR. José Paulo. **Sigilo Bancário e Privacidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BELLOQUE, Juliana Garcia. **Sigilo Bancário. Análise crítica da LC 105/2001**. São Paulo: RT, 2003.

BRASIL. Código Tributário Nacional. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 de outubro de 1966.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Vade Mecum Saraiva. Colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. São Paulo: Saraiva, 2006. 36p.

BRASIL. Decreto 3.724/2001. Regulamenta o art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, relativamente à requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas. . **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 de janeiro de 2001.

BRASIL. Lei complementar 104/2001 Altera dispositivos da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 de janeiro de 2001.

BRASIL. Lei complementar 105/2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 de janeiro de 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Presidência. Min. Carlos Velloso. Recurso Extraordinário 219780. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudência>>. Acesso em: 15 ago. 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. **Sigilo Bancário: À Luz da Doutrina e da Jurisprudência**. Curitiba: Juruá, 2007.

CASTRO, Aldemário Araújo. **A Constitucionalidade da Transferência do Sigilo Bancário para o Fisco Preconizada pela Lei Complementar nº 105/2001**. Disponível em: <<http://www.aldemario.adv.br/sigilob.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2007.

CHIAPPINI, Carolina. PEIXOTO, Marcelo Magalhães. Sigilo Bancário e Fiscal no Direito Brasileiro. In: PIZOLIO, Reinaldo VIEGAS JUNIOR, Jayr. **Sigilo Fiscal e Bancário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 393-426.

CHINEN, Roberto Massao. **Sigilo bancário e o fisco: Liberdade ou Igualdade?** Curitiba: Juruá, 2005.

COSTA JR, José Paulo. **O Direito de Estar Só: Tutela penal da intimidade**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2007.

COVELLO, Sérgio Carlos. **O sigilo bancário**. 2. ed. São Paulo: Leud, 2001.

CUNHA, José Ricardo. **A Justiça diante da Lei na Razão Jurídica Contemporânea .Eqüidade, razoabilidade e Proporcionalidade**. In: MAIA, Antonio Cavalcante. et al. (org.). *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

DANTAS, David Diniz. O sigilo Bancário e o Conflito entre Princípios Constitucionais. In: PIZOLIO, Reinaldo. VIEGAS JUNIOR, Jayr. **Sigilo Fiscal e Bancário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 317-362.

DELGADO, José Augusto. O Sigilo Bancário no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. São Paulo, n. 13, p. 13-51, jan./mar. 2001.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2007.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de Dados: O Direito à Privacidade e os Limites à Função Fiscalizadora do Estado. In: PIZOLIO, Reinaldo. VIEGAS JUNIOR, Jayr. **Sigilo Fiscal e Bancário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 17-40.

FESURV – UNIVERSIDADE DE RIO VERDE. **Normas e padrões para elaboração de trabalhos acadêmicos**. Rio verde: Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa, 2006, 64p

FOLMANN, Melissa. **Sigilo bancário e fiscal**. Curitiba: Juruá, 2002.

GIANNETTI, Francesco. O Sigilo Bancário em face do atual Ordenamento Jurídico Brasileiro. In: PIZOLIO, Reinaldo. VIEGAS JUNIOR, Jayr. **Sigilo Fiscal e Bancário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 429-448.

GRECO, Marco Aurélio. Sigilo do Fisco e perante o Fisco. In: PIZOLIO, Reinaldo. VIEGAS JUNIOR, Jayr. **Sigilo Fiscal e Bancário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 75-90.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

LARA, Victor Emanuel Alves de. **Comentários à Lei do Sigilo Bancário: Lei Complementar n. 105 de 10 de janeiro de 2001, Decreto n. 3.724, de 28 de novembro de 2002.** São Paulo: LTr, 2006.

LIMA, Rogério. Pode o Fisco, por Autoridade Própria, Quebrar o Sigilo Bancário do Contribuinte? **Revista Tributária e de Finanças Públicas.** n. 34, p. 147-156, set./out. 2000.

MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao Código Tributário Nacional.** São Paulo: Atlas, 2005. v. 3.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Inconstitucionalidade da Lei Complementar 105/2001. **Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem.** São Paulo, n. 11, p. 31-38, jan./mar.2001.

\_\_\_\_\_. (Coord.). **Direitos Fundamentais do Contribuinte.** Pesquisas Tributárias, Nova Série – 6. São Paulo: Centro de Extensão Universitária. RT, 2000.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional.** 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NETTO, Domingos Franciulli. **A Quebra do Sigilo Bancário pelo Ministério Público.** Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 14 abr. 2005.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Possibilidade de Quebra do Sigilo Bancário pelo Fisco à Luz da Constituição Federal. In: PIZOLIO, Reinaldo. VIEGAS JUNIOR, Jayr. **Sigilo Fiscal e Bancário.** São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 91-108.

PIZOLIO, Reinaldo. VIEGAS JUNIOR, Jayr. **Sigilo Fiscal e Bancário.** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

PRADO, Marcelo da Silva. **A Quebra do Sigilo Bancário.** Disponível em: <[http://www.ultimainstancia.uol.com.br/colunas/ler\\_noticia.php?idnoticia=40996](http://www.ultimainstancia.uol.com.br/colunas/ler_noticia.php?idnoticia=40996)>. Acesso em 14 ago. 2007.

SAAD NETO, Patrícia Mara dos Santos. Da Natureza do Comando Normativo Insculpido na Lei nº 10.174/2001. In: PIZOLIO, Reinaldo. VIEGAS JUNIOR, Jayr. **Sigilo Fiscal e Bancário.** São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 367-373.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. O Acesso Direto aos Dados Bancários por Parte do Fisco: a Transferência do Sigilo Bancário para o Sigilo Fiscal. In: PIZOLIO, Reinaldo. VIEGAS JUNIOR, Jayr. **Sigilo Fiscal e Bancário.** São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 130-197.

VALENTE, Christiano Mendes Wolney. **Sigilo Bancário: obtenção de Informações pela Administração Tributária Federal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.