



FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA

FERNANDA LUISA BRAGA SIMÕES

**(IN) CONSTITUCIONALIDADE DA QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO PREVISTA
NO ARTIGO 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105 DE 10 DE JANEIRO DE 2001**

BACHARELADO
EM
DIREITO

CARATINGA – MG
2018

FERNANDA LUISA BRAGA SIMÕES

**(IN) CONSTITUCIONALIDADE DA QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO PREVISTA
NO ARTIGO 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105 DE 10 DE JANEIRO DE 2001**

Projeto de Monografia apresentado à banca examinadora do Curso de Direito da Faculdade Doctum de Caratinga, como exigência na disciplina Monografia Jurídica I, requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

CARATINGA - MG

2018

INTRODUÇÃO	7
1. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	9
1.1 Constituição e o sigilo de dados.....	10
1.2 Do direito à intimidade e a privacidade.....	12
1.3 Do princípio da dignidade da pessoa humana.....	17
1.4 Da relatividade dos direitos à intimidade e à vida privada.....	18
1.5 Da proporcionalidade.....	19
1.6 Princípio do contraditório e da ampla defesa.....	20
2. DO SIGILO BANCÁRIO.....	23
2.1 Conceito.....	24
2.2 O Sigilo Bancário e a Constituição Federal de 1988.....	24
2.3 A relatividade do Sigilo Bancário.....	26
3. A LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001.....	28
3.1 Da (in) constitucionalidade do art. 6º da LC 105/01.....	29
3.2 Da constitucionalidade do art. 6º da LC 105/01.....	30
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	36
5. REFERÊNCIAS	38

Dedico esse momento àqueles que são a minha rocha, a minha fortaleza, onde encontro forças todos os dias para continuar. Meus pais José e Lusia, meus irmãos Bruno e Isabella esse momento é de vocês!

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Deus, que me abençoou, deu forças e energia para concluir todo este trabalho.

Agradeço aos meus pais, que me incentivaram todos os anos da faculdade.

Aos meus irmãos, que me apoiaram durante todo esse percurso, contribuindo para que esse trabalho se realizasse.

Ao meu namorado, que batalhou comigo durante todos esses anos, obrigada pela paciência e incentivo.

Enfim, agradeço a todos que fizeram parte desta etapa decisiva em minha vida.

“A verdadeira motivação vem de realização, desenvolvimento pessoal, satisfação no trabalho e reconhecimento”.

(Frederick Herzberg)

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo fazer a análise da quebra do sigilo bancário pela administração tributária e se é possível que seja feita sem a necessidade de autorização judicial. O sigilo é direito à privacidade, inserido na categoria de direitos fundamentais é bem resguardado pela Constituição Federal de 1998, expressamente em seu artigo 5º, incisos X e XII. Deste modo, o sigilo bancário encontra-se amparado pelo direito à inviolabilidade da intimidade, honra, a vida privada e à imagem das pessoas e também o direito à inviolabilidade do sigilo de dados. A Lei Complementar nº 105/2001 permite a quebra desse sigilo, e por consequência, fere os direitos fundamentais adquiridos pela constituição, que é a lei máxima. Tal divergência expressa em seu artigo 6º., que permite a Administração Tributária o acesso direto aos dados sigilosos dos clientes das instituições financeiras.

Palavra-chave: Sigilo. Intimidade. Privacidade. Constituição. Direito.

INTRODUÇÃO

No dia 11 de janeiro de 2001, no Diário Oficial da União foi publicada a Lei Complementar nº105 que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Entre os principais dispositivos trazidos pela lei, destaca-se o artigo 6º, que autorizou de forma expressa o exame de documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, em caso de haver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, e desde que esses exames fossem considerados indispensáveis pela autoridade administrativa.

Com este tema destaca-se o direito à privacidade e a intimidade que é bem resguardado pela Constituição. Partindo do conceito e importância dos direitos fundamentais, mais categoricamente dos direitos da personalidade.

O presente trabalho tem como objetivo verificar a (in) constitucionalidade do artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001, enfocando na possibilidade da quebra do sigilo bancário pelas autoridades fiscais sem a prévia autorização do Poder Judiciário.

O assunto não é recente, porém é complexo. E, a criação da Lei Complementar nº 105/2001, ao autorizar a quebra de sigilo sem autorização prévia do Judiciário, gerou diversas discussões. Sendo a quebra de sigilo bancário um meio de obtenção de prova no processo penal. Com isso, surge a objeção: os limites da instrução probatória e de outro lado à privacidade e a intimidade. Tal discussão abrange diversos ramos do Direito, principalmente em Constitucional, Tributário e Penal.

O pilar da pesquisa é analisar a constitucionalidade da exceção criada pela Lei Complementar nº 105/2001, em seu artigo 6º. A modificação trazida por tal dispositivo gerou discussões doutrinárias e jurisprudenciais quanto à sua constitucionalidade, surgindo diversos questionamentos, como por exemplo: o sigilo bancário como um direito fundamental, sendo ele expresso na Constituição Federal; autoridade fiscal como parte legítima para efetivar a quebra do sigilo.

O primeiro capítulo tem-se como base os princípios do sigilo de dados e o da intimidade, versando acerca da relatividade do mesmo e também dos princípios da proporcionalidade, contraditório e da ampla defesa. Contudo, vários outros são

abordados, pois servem de base para a justificativa a respeito da constitucionalidade e inconstitucionalidade da Lei.

O segundo capítulo abordará o conceito, alcance e natureza jurídica do sigilo bancário, tratando também da origem do instituto, chegando até a Constituição Federal de 1988. O terceiro capítulo cuida-se das leis que tratam do sigilo bancário, tendo por base à Lei Complementar nº 105/2001.

São expostos argumentos favoráveis e contrários à quebra do sigilo bancário sem a interferência do Poder Judiciário. Por fim, os poderes e deveres inerentes a Administração Tributária.

1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para o desenvolvimento do trabalho é imprescindível, anteriormente, tratar algumas considerações indispensáveis ao tema do sigilo bancário, propósito principal proposto pela presente discussão. Desta forma, o estudo da doutrina acerca do tema e as críticas imprescindíveis feitas à lei complementar em discussão e ao posicionamento tomado pelo STF – tomam como fundamento essencial o fato de prever a lei exceção ao sigilo bancário por meio outro que não o processo judicial. Desta forma, é necessário o estudo de preceitos essenciais e dos detalhes principais referentes à investigação do tema do sigilo bancário, examinando a fundo os direitos fundamentais tratados pela Constituição Federal.

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Título II os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos. Assim, a classificação adotada pelo legislador constituinte estabeleceu cinco espécies aos gêneros direitos e garantias fundamentais: direitos e garantias individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos.¹

A doutrina classifica de direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações.

Como aduz Celso de Mello:

[...] quanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.²

Em regra, as normas que consubstanciamos direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata.

¹MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

²STF – Pleno – MS nº 22.164/SP – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39.206.

Assim os bens pessoais (vida, nome, honra etc.) constituem direitos da personalidade. Os direitos de personalidade são direitos fundamentais. “Os direitos de personalidade abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direitos à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão)”.³

1.1 Constituição e o sigilo dos dados

Constituição, lato sensu, é o ato de constituir, de estabelecer, de firmar; ou, ainda, o modo pelo qual se constitui uma coisa, um ser vivo, um grupo de pessoas; organização, formação.⁴

As formas de Constituição são a material que consiste no conjunto de regras materialmente constitucionais, estejam ou não codificadas em um único documento; e a Constituição formal que é aquela consubstanciada de forma escrita, por meio de um documento solene estabelecido pelo poder constituinte originário.⁵

A Constituição, portanto, é o mais alto estatuto jurídico de determinada comunidade, caracterizando-se por ser a lei fundamental de uma sociedade. A isso corresponde o conceito de constituição legal, como resultado da elaboração de uma Carta escrita fundamental, colocada no ápice da pirâmide normativa e dotada de coercibilidade.⁶

Como salienta Canotilho:

A garantia da força normativa da constituição não é tarefa fácil, mas se o direito constitucional é direito positivo, se a constituição vale como lei, então as regras e princípios constitucionais devem obter normatividade regulando jurídica e efetivamente as relações da vida. Dirigindo as condutas e dando segurança a expectativas de comportamento.⁷

A Constituição não escrita é o grupo de regras que não estão reunidas em um texto solene, mas que se baseiam em leis esparsas, costumes, convenções e jurisprudência.

³CANOTILHO, J. J. Direito constitucional e teoria da constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 394).

⁴Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários... Op. cit. v. 2, p. 95.

⁵MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

⁶STF- Pleno - ADI nº 1.007-7/PE - Rel. Min. Eros Grau, Diário da Justiça, Seção I, 17 mar. 2006, p. 3.

⁷MELLO FILHO, José Celso. Constituição... Op. cit. p. 533.

Desta forma a Constituição determina vários objetivos fundamentais a serem respeitados pelas autoridades constituídas e pela sociedade, com o intuito de desenvolvimento e progresso da nação brasileira.

Com a análise da área de abrangência da Constituição, Virgílio de Jesus Miranda Carvalho entende:

[...] que melhor se definirá a Constituição como o estatuto jurídico fundamental da comunidade, isto é, abrangendo, mas não se restringindo estritamente ao Político e porque suposto este, não obstante a sua hoje reconhecida aptidão potencial para uma tendencial totalização, como tendo, apesar de tudo, uma especificidade e conteúdo material próprios, o que não autoriza a que por ele (ou exclusivamente por ele) se defina toda a vida de relação e todas as áreas de convivência humana em sociedade e levará à autonomização do normativo-jurídico específico (neste sentido, total – e não apenas tendencialmente – é o Direito), bem como à distinção, no seio da própria Constituição, entre a sua intenção ideológica-política e a intenção jurídica *stricto sensu*. Com este sentido também poderemos, então, definir a Constituição como a lei fundamental da sociedade.⁸

Sendo o Direito Constitucional um ramo do Direito Público, destaca-se por ser fundamental à organização e funcionamento do Estado, à articulação dos elementos primários do mesmo e ao estabelecimento das bases da estrutura política.⁹

Assim estabelece seu alicerce, a organização de instituições e órgãos, de maneira que haja a aquisição e limitação do poder, através, inclusive, da previsão de diversos direitos e garantias fundamentais.

A Constituição Federal, em seu capítulo dedicado aos direitos fundamentais traz redigido em seu artigo 5º que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Desta forma, cuida da proteção à intimidade, à privacidade, à honra, e de outros valores reconhecidos na ordem jurídica constitucional, seu inciso XII dispõe sobre a inviolabilidade do sigilo de dados:

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último

⁸PINTO, Robson Flores. A competência tributária do Distrito Federal na Constituição. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo: Centro de Estudos, nº 51/52, p. 191, jan./dez. 1999.

⁹MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.¹⁰

Em todas as hipóteses acima mencionadas necessitam de autorização judicial para a quebra de sigilo. Esta autorização é imprescindível, pois se trata dos direitos fundamentais.

1.2 Do direito à intimidade e a privacidade

Os direitos à intimidade e à própria imagem formam a proteção constitucional à vida privada, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas.¹¹ É o espaço exclusivo que possuímos em relação ao qual decidimos quem pode ou não ter acesso a ele e ao que lá se encontra.¹²

O direito à privacidade possui aspectos relevantes. O primeiro é que o direito à privacidade parece envolver certo espaço exclusivo que possuímos. Essa afirmação pode ser interpretada de algumas formas diferentes. A primeira forma de interpretar essa afirmação é a de que ela se refere a algum espaço físico exclusivo que possuímos. Um contraexemplo a essa interpretação é o de que algumas pessoas não possuem qualquer espaço físico exclusivo, de modo que se interpretada dessa maneira, a conclusão seria a de que essas pessoas não têm direito à privacidade, o que não parece ser verdade.¹³

Uma maneira diferente de interpretá-la é que de fato esse espaço exclusivo que possuímos se refere aos nossos pensamentos e desejos mais íntimos. Porém essa interpretação é muito restritiva. É claro que possuímos pensamentos e desejos íntimos, mas dizer que o direito à privacidade se refere à proteção dos nossos pensamentos íntimos seria trivializar a discussão, uma vez que se estaria a proteger algo que *prima facie* não precisa de proteção, já que é inacessível.¹⁴ É o que queremos dizer ao nos referir quando falamos em espaço exclusivo é que queremos

¹⁰BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, Distrito Federal, 1988. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em 24 de set de 2018.

¹¹Conferir em relação à intimidade e direito à imagem: STF – 2ª T. – HC nº 84.203/RS – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 19 outubro2004. Informativo STF nº 366.

¹²LOPES, Lucas Miotto. Eu Não Quero Saber! Uma Defesa do Direito de Não Saber Como Independente do Direito à Privacidade - University of Edinburgh; Edimburgo, Escócia, pág. 83.

¹³LOPES, Lucas Miotto. Eu Não Quero Saber! Uma Defesa do Direito de Não Saber Como Independente do Direito à Privacidade - University of Edinburgh; Edimburgo, Escócia, pág. 84.

¹⁴LOPES, Lucas Miotto. Eu Não Quero Saber! Uma Defesa do Direito de Não Saber Como Independente do Direito à Privacidade - University of Edinburgh; Edimburgo, Escócia, pág. 84.

ter guardadas algumas informações que poderiam ser acessadas por outras pessoas, mas que devido ao seu assunto esse acesso não deve ser permitido a não ser quando houver consentimento do indivíduo.

Assim, Intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc.¹⁵

A tese coerentista é a que o direito à privacidade resguarda um valor moral específico irreduzível àqueles valores protegidos por outros direitos. Essa concepção é a mais tradicional do direito de privacidade.

São três concepções coerentistas sobre o valor que o direito à privacidade protege:

A primeira dessas concepções é o valor de ser deixado só e é bem ampla, pois parece que a violação de quase qualquer direito de uma pessoa também pode ser uma violação ao valor de ser deixado só. A segunda concepção o controle e acesso à informação pessoal já parece mais razoável. De acordo com ela a privacidade protege o valor de não ter informações pessoais divulgadas a não ser quando haja consentimento. O valor protegido pela privacidade, segundo essa concepção, portanto, se refere unicamente às informações não documentadas, pois as informações documentadas têm caráter público. A terceira concepção é as relações sociais é a de que o direito à privacidade visa a proteger as relações sociais. De acordo com essa concepção, o direito à privacidade é importante porque nos permite escolher com base no tipo de relação social que estabelecemos com as pessoas o tipo de informação que iremos compartilhar, isto é, podemos escolher se iremos ter uma relação social superficial com alguém, ao só compartilhar informações pessoais superficiais, ou se queremos ter uma relação mais profunda e compartilhar mais informações pessoais com essa pessoa. Essa tese abrange quaisquer tipos de informações pessoais, sejam elas relativas à minha conta bancária e profissional até informações relativas à minha vida sexual, obviamente excluindo as informações sobre práticas ilícitas, por exemplo, a informação de onde se esconde um determinado estuprador.¹⁶

Com essa concepção, a finalidade do direito à privacidade variaria de acordo com a relação social e com a postura que cada pessoa tem quanto a essa relação.

Desta forma o direito a intimidade e/ou privacidade (art.5º, X) do correntista/aplicador é atingida com a quebra do Sigilo Bancário. É grande a Ligação entre a intimidade e a vida privada, não há como separar o direito à intimidade do

¹⁵FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. Comentários à Constituição brasileira de 1988. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 35

¹⁶LOPES, Lucas Miotto. Eu Não Quero Saber! Uma Defesa do Direito de Não Saber Como Independente do Direito à Privacidade - University of Edinburgh; Edimburgo, Escócia, pág. 84

direito à privacidade. É valores fundamentais para o ser humanos, o direito de ficar tranquilo, em paz, de estar só, de ter sigilo sobre sua intimidade.

O inciso X, por exemplo, menciona que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.¹⁷

E o inciso XII, volta a se referir à proteção da intimidade e da privacidade, dispondo ser inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, “salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.¹⁸

Com a leitura deste último dispositivo, sem hesitação, poderia sugerir a seguinte interpretação: o direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem (inciso X), bem como o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados (inciso XII) seriam intangíveis, isto é, seriam absolutos, não podendo, em qualquer hipótese, ser determinada a respectiva e correspondente violação. Já o direito à intimidade e à privacidade decorrente das comunicações telefônicas (inciso XII) e a inviolabilidade de domicílio (inciso XI) poderiam ser flexibilizados, por ordem judicial.¹⁹

Eugênio Pacelli Oliveira em sua obra Curso de Processo Penal aduz:

O direito à intimidade, à privacidade, à honra, e todas as suas formas de manifestação, ou seja, a inviolabilidade do domicílio, da correspondência, das comunicações, que se constituem apenas em algumas das várias modalidades de exercício dos aludidos direitos (intimidade etc.), podem, como regra, ser limitados, por não configurarem nenhum direito absoluto. Podem e poderão, por isso, ser limitados, sempre que o respectivo exercício puder atingir outros valores igualmente protegidos na Constituição, e desde que haja previsão expressa na lei.²⁰

É o que ocorre, por exemplo, em relação ao sigilo da correspondência, cuja inviolabilidade é até prevista como crime, conforme o disposto no art. 40 da Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978. Desde que presente autorização judicial, poderá haver quebra do mencionado sigilo (da correspondência), porque devidamente prevista em lei (art. 240, § 1º, f, CPP), justificada por

¹⁷OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, pag.186.

¹⁸BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, Distrito Federal, 1988. Artigo 5º. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em 23/09/2018.

¹⁹OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, pag.187.

²⁰OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, pag.187.

necessidade cautelar, no curso de investigação ou instrução criminal, tal como ocorre em relação às comunicações telefônicas (art. 5º, XII, CF).²¹

Do ponto de vista de uma leitura exclusivamente gramatical, a interpretação é bastante razoável, já que a presença de uma ressalva na lei significa exatamente uma regra de exceção. As demais hipóteses, fora da exceção, deveriam receber tratamento distinto.²²

Tanto a intimidade quanto a privacidade, devem ser entendidos pelo senso comum, deste modo, com a leitura do qual significado reúna o maior número de intérpretes (ou de pessoas interessadas na sua definição). Diríamos que a noção de intimidade está mais ligada ao conjunto de convicções, sensações e estados de ânimo pessoais (íntimos) de seu titular, enquanto a privacidade seria o espaço mais adequado ou mais utilizado para a manifestação da intimidade.²³

Neste mesmo sentido, a Convenção Americana Dos Direitos Humanos, denominada de Pacto de São José da Costa Rica abrangeu à proteção da vida privada, expondo que “Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais a sua honra ou reputação” (artigo 11, nº 2).²⁴

Como destaca o Ministro Celso de Mello:

[...] esse amplo sentido conceitual da noção jurídica de ‘casa’ revela-se plenamente consentâneo com a exigência constitucional de proteção à esfera de liberdade individual e de privacidade pessoal (RT , 214/409; RT , 467/385; RT ,637/341). É por essa razão que a doutrina – ao destacar o caráter abrangente desse conceito jurídico – adverte que o princípio da inviolabilidade estende-se ao espaço em que alguém exerce, com exclusão de terceiros, qualquer atividade de índole profissional (Pontes de Miranda, Comentários à constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969, tomo V/187, 2ªed./2ª tir., 1974, RT ; José Cretella Júnior, Comentários à constituição de 1988, v. I/261, item nº 150, 1989, Forense Universitária; Pinto Ferreira, Comentários à constituição brasileira, v. 1/82, 1989, Saraiva; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Comentários à constituição brasileira de 1988 , v. 1/36-37, 1990, Saraiva; Carlos Maximiliano Comentários à constituição brasileira, v. III/91, 1948, Freitas Bastos; Dinorá Adelaide Musetti Grotti, Inviolabilidade do domicílio na constituição, p. 70-78, 1993, Malheiros, v.g.). Sendo assim, nem a Polícia Judiciária e nem a

²¹OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, pag.187.

²²OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, pag.186.

²³OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, pag. 184

²⁴BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Sigilo bancário e privacidade. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005, pág. 32.

administração tributária podem, afrontando direitos assegurados pela Constituição da República, invadir domicílio alheio com o objetivo de apreender, durante o período diurno, e sem ordem judicial, quaisquer objetos que possam interessar ao Poder Público. A Constituição Federal prescreve, no art. 145, § 1º, que a administração tributária está sujeita, na efetivação das medidas e na adoção de providências que repute necessárias, ao respeito incondicional aos direitos individuais, dentre os quais avulta, por sua indiscutível importância, o direito à inviolabilidade domiciliar. Daí a observação de Ives Gandra Martins –reiterada por Sacha Calmon Navarro Coelho – no sentido de que os poderes de investigação do Fisco estão essencialmente limitados pelas cláusulas subordinantes da Constituição Federal cujas prescrições proclamam a necessidade de efetiva submissão do Poder estatal aos direitos individuais assegurados pela Lei Fundamental. Por isso mesmo, assinala Ives Gandra Martins (Comentários à Constituição do Brasil, v. 6º, tomo I, p. 64, 1990, Saraiva). De início, o direito de fiscalizar é um direito inerente à Administração dentro das regras próprias do direito garante a inviolabilidade do domicílio nos termos do art. 5º, XI, com o que o Fisco, pela nova Constituição, não tem mais direitos do que aqueles que tinha com a Constituição pretérita.²⁵

A exigência de absoluto respeito à garantia da inviolabilidade domiciliar pelas autoridades tributárias foi reiterada pelo Supremo Tribunal Federal, que afirmou não serem “absolutos os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, pois o Estado, em tema de tributação, inclusive em matéria de fiscalização tributária, está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas que assistem, constitucionalmente, aos contribuintes e aos cidadãos em geral”²⁶, e, conseqüentemente, ilícitas as provas assim obtidas.²⁷

Como exposto pelo artigo 5º dispõe acerca da inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Apesar da constituição expressamente ter se referido à interceptação telefônica, entende-se ser relativa à liberdade individual, sendo assim a interceptação de correspondência e comunicações telegráficas e de dados poderão ser usadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.

A garantia do sigilo de dados engloba o uso de informações online. Essa garantia é necessária em virtude da existência dessa forma de armazenamento e transmissões de informações, deve se respaldar nas garantias de intimidade, honra

²⁵STF – AÇÃO PENAL Nº 370-3-DF, SERVIÇO DE JURISPRUDÊNCIA DO STF, EMENTÁRIO Nº 1.804-11 E RTJ 162/249-250.

²⁶STF – 2ª T. – HC nº 82.788/RJ – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 2 jun. 2006, p. 43

²⁷STF – 2ª T. – HC nº 93.050/RJ – Rel. Min. Celso de Mello, DJE, 31-07-2008.

e dignidade da pessoa humana, de forma que impeçam interceptações e divulgações por meios ilícitos.

Como ressaltou a Ministra Ellen Gracie, há necessidade do endosso do Poder Judiciário para a quebra do sigilo bancário em procedimentos administrativos na esfera tributária.²⁸

1.3 Do princípio da dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal consagrou em vários dispositivos ao longo do texto o princípio da dignidade da pessoa humana. É considerado fundamento do Estado brasileiro, expresso no artigo 1º da Carta Magna, que tem como valor jurídico o de maior hierarquia axiológica do nosso ordenamento constitucional.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; **III - a dignidade da pessoa humana**; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político (grifo nosso).²⁹

De qualquer modo, não resta dúvida que a atuação dos poderes públicos deve ter como finalidade precípua respeitar a dignidade da pessoa humana.³⁰

Sobre a dignidade da pessoa humana:

[...] concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.³¹

²⁸STF – 2ª T. – HC nº 85.088/ES – Rel. Min. Ellen Gracie, Diário da Justiça, Seção I, 30 set. 2005, p. 50.

²⁹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, Distrito Federal, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em: 23/09/2018.

³⁰HOLTHE, Leo Van. Direito Constitucional. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010, p. 89.

³¹A possibilidade de uma pessoa na sua opinião, foi introduzida pela EC nº 36, de 28 de maio de 2002, que, No entanto, o que faz é menos 70% do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e da radiodifusão sonora de filhas e as imagens a vencer, direta ou indiretamente, a brasileiros ou naturalizados há mais de dez anos, que exercerão obrigatoriamente a gerência das atividades e do estabelecimento do conteúdo da programação.

Têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa humana os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos econômicos, sociais e culturais comuns a todas as pessoas.³²

Ingo Wolfgang Sarlet bem define a dignidade da pessoa humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.³³

Nesse sentido, Flávia Piovesan diz que:

A dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro”.³⁴

Diz ainda à autora que:

É no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, dignidade da pessoa humana como verdadeiro super princípio a orientar o Direito Internacional e o Interno.³⁵

O limite de uma dignidade é a igual dignidade ou direito do outro, não se podendo privilegiar um em desvantagem de outro com igual dignidade ou direito.

1.4 Da relatividade dos direitos à intimidade e à vida privada

Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas,

³²CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da Pessoa Humana: o princípio dos princípios constitucionais: in SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio (Org). Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.135-179.

³³SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

³⁴PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 4ed. Pág. 54, São Paulo: Max Limonad, 2000.

³⁵PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, O Princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988, pág. 92, 2004.

tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.³⁶

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados na Carta Magna.

A própria Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, expressamente, em seu art. 29 afirma que:

[...] toda pessoa tem deveres com a comunidade, posto que somente nela pode-se desenvolver livre e plenamente sua personalidade. No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Estes direitos e liberdades não podem, em nenhum caso, serem exercidos em oposição com os propósitos e princípios das Nações Unidas. Nada na presente Declaração poderá ser interpretado no sentido de conferir direito algum ao Estado, a um grupo ou uma pessoa, para empreender e desenvolver atividades ou realizar atos tendentes a supressão de qualquer dos direitos e liberdades proclamados nessa Declaração.

Desta forma, o direito a intimidade e a vida privada tornam-se relativos.

1.5 Da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade não está expressamente disposto na Constituição Federal de 1988, diferentemente de como ocorre em outros países, como Portugal, por exemplo.³⁷

O princípio da proporcionalidade, em um de seus aspectos, proíbe o Estado, na função de acusador, de praticar qualquer excesso em suas atividades. Se por um lado cabe ao Estado combater as infrações penais, por outro lado, não deve restringir demasiadamente os direitos fundamentais.³⁸

Eugênio Pacelli de Oliveira, sobre a proporcionalidade:

A proporcionalidade, hoje utilizada como um indispensável critério hermenêutico na aplicação do Direito, tem sua origem exatamente como

³⁶RT -STF 709/418; STJ – 6ª T. RHC nº 2.777-0/RJ – Rel. Min. Pedro Aciole – Ementário, 08/721.

³⁷BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo bancário e privacidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 49

³⁸BONFIM, Edilson Mougnot. Curso de processo penal. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 59-61.

meio de controle da constitucionalidade das leis, que, embora formalmente constitucionais, previam, por exemplo, sanções desproporcionais para determinadas espécies de descumprimento da lei. Há na literatura nacional e internacional inúmeros trabalhos de maior fôlego tratando do postulado ou princípio da proporcionalidade, seja na dimensão da proibição de excesso, seja na dimensão da proibição de proteção deficiente. Entre nós, lembramos, por todos, a obra de Humberto ÁVILA, Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos (2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005), na qual se esclarecem diversas possibilidades conceituais e de aplicabilidade do princípio. Na literatura estrangeira, vale a pena conferir, pelo menos, Robert Alexy, Derecho y razón práctica (Tradução de Manuel Atienza. Colonia del Carmen: Biblioteca de Ética, Filosofía del derecho y política, México, 2002), além de Nicolas Gonzales-Cuelar Serrano, Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal (Madrid: Colex, 1990), especificamente em relação às questões de prova.³⁹

A proporcionalidade para ser aplicada deve atender três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, sendo que todos devem ser observados no momento da aplicação. A adequação é a medida apta a alcançar o fim pretendido. A necessidade é que a ação a ser tomada deve ser menos gravosa possível, ou seja, quando não há outro meio menos gravoso para atingir o objetivo. A proporcionalidade, por sua vez, é a ponderação dos interesses.

40

Helenilson Cunha aduz considerando a supremacia da Constituição Federal sobre a compreensão do princípio da proporcionalidade:

O conteúdo jurídico-material do princípio da proporcionalidade decorre inelutavelmente do reconhecimento da supremacia hierárquico-normativa da Constituição. A proporcionalidade, como princípio jurídico implícito do Estado de Direito, é uma garantia fundamental para a concretização ótima dos valores consagrados na Constituição. A proporcionalidade é princípio que concretiza o postulado segundo o qual o Direito não se esgota na lei (ato estatal que deve representar a síntese da vontade geral).⁴¹

A natureza normativa do princípio da proporcionalidade decorre da necessidade de se ter um princípio regulador dos conflitos na aplicação dos demais.

1.6 Do contraditório e da ampla defesa

Os princípios do contraditório e da ampla defesa tem seu fundamental legal no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal:

³⁹OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal, 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, pag.186.

⁴⁰BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de processo penal. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 61-62.

⁴¹PONTES, Helenilson Cunha. O princípio da proporcionalidade e o direito tributário. Pág. 51, São Paulo: Dialética, 2000.

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (grifo nosso).⁴²

Esses princípios não são absolutos e nem mesmo medidas de garantias à impunidade. Além de serem direitos também devem ser observados pela ética dos direitos humanos.

Todas as decisões devem ser proferidas apenas depois de ser franqueado o prévio contraditório a seus destinatários.⁴³ O objetivo é que os destinatários tenham condições efetivas de influir ou de influenciar o conteúdo da decisão a ser proferida.

O contraditório e da ampla defesa são a regra no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, na fase inquisitorial, estes princípios não prevalecem. Com isso, é permitido a quebra do sigilo sem a oitiva do investigado.⁴⁴

Na definição de Canuto Mendes de Almeida, é:

[...] “a ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los”, pelo que representa uma garantia conferida às partes de que elas efetivamente participarão da formação da convicção do juiz. De certa forma, pode ser dito, como bem lembra a melhor doutrina, que encontra se inserido no conjunto das garantias que constituem o princípio do devido processo legal.⁴⁵

Pode se dizer que o princípio do contraditório significa que cada ato efetuado durante o processo haja a participação ativa das partes. Deste modo garantindo justiça para ambos, pois a parte contrária também deve ser ouvida afim de que se manifeste com os devidos argumentos e contra-argumentos.

O núcleo essencial do princípio do contraditório compõe-se, de acordo com a doutrina tradicional, de um binômio: “ciência e resistência” ou “informação e reação”⁴⁶. Este primeiro elemento é sempre indispensável, já o segundo é eventual ou possível.

⁴²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, Distrito Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25/09/2018.

⁴³BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil; inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei nº. 13.256, de 4-2-2016 / Cassio Scarpinella Bueno. 2. Ed. Ver. atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016.

⁴⁴MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 92-93

⁴⁵BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal. 4. Ed. Ver., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁴⁶BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil; inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei nº. 13.256, de 4-2-2016 / Cassio Scarpinella Bueno. 2. Ed. Ver. atual. E ampl. – São Paulo : Saraiva, 2016.

Contraditório é a realização sólida, também em Juízo, é a forma pela qual se realizam os princípios democráticos da Constituição Brasileira, que possibilitam ampla participação no exercício das funções estatais. Pode-se entender que o próprio magistrado está sujeito ao contraditório, por ser vedado o proferimento de decisões pelo magistrado sem que as partes antes tenham sido ouvidas, mesmo em casos em que o magistrado possa se pronunciar de ofício.

O mesmo inciso que dispõe acerca do princípio do contraditório, sendo ele o LV do art. 5º da Constituição Federal, também coloca como princípio a ampla defesa e os recursos a ela inerentes.

Os recursos referentes ao inciso LV do art. 5º da Constituição Federal devem ser entendidos como a criação das formas e técnicas processuais, para que haja a ampla defesa.

A doutrina possui alguns defensores da ideia de que a ampla defesa vem a ser apenas o outro lado ou a outra medida do contraditório, como bem lembra o professor Eugênio Pacelli de Oliveira.

Continua o referido autor:

É que, da perspectiva da teoria do processo, o contraditório não pode ir além da garantia de participação, isto é, a garantia de a parte poder impugnar – no processo penal, sobretudo a defesa – toda e qualquer alegação contrária a seu interesse, sem, todavia, maiores indagações acerca da concreta efetividade com que se exerce aludida impugnação.⁴⁷

Diga-se que o princípio da ampla defesa é o direito das partes de oferecer argumentos em seu favor e de demonstrá-los, nos limites legais em que isso for possível, ou seja, uma garantia com destinatário certo, qual seja, o acusado.

⁴⁷OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal 17. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2013.

2 DO SIGILO BANCÁRIO

A garantia ao sigilo de dados como uma norma constitucional foi trazida pela Constituição Federal de 1988. Tal fato tem necessidade de proteção à privacidade, não podemos deixar de considerar que as informações fiscais e bancárias, sejam as constantes nas próprias instituições financeiras, sejam as constantes na Receita Federal ou organismos congêneres do Poder Público, constituem parte da vida privada da pessoa física ou jurídica.

Desta forma, consagrados como direitos individuais protegidos, somente poderão ser acessadas por ordem judicial fundamentada, ou por inquérito, desde que preencha os requisitos razoáveis, e que demonstrem necessidade de conhecimento dos dados sigilosos.

Igualmente ao sigilo bancário, as informações relativas ao sigilo fiscal somente poderão ser devassadas em caráter excepcional e nos estritos limites legais, pois as declarações prestadas para fins de imposto de renda revestem-se de caráter sigiloso e somente motivos excepcionais justificam a possibilidade de acesso por terceiros,⁴⁸ havendo necessidade de autorização judicial, devidamente motivada⁴⁹ no interesse da Justiça.⁵⁰

O inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, ao assegurar a inviolabilidade do sigilo, está de fato protegendo a comunicação de dados e, não os dados em si. O inciso XII se refere, de uma maneira ou de outra, à transferência de informações, à comunicação. Como a era da informática, além da correspondência escrita e das comunicações telegráficas, temos também comunicação (transferência) de dados e as comunicações telefônicas.

⁴⁸Antigo Tribunal Federal de Recursos, AI nº 49.479/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, Diário da Justiça, 21 out. 1986, p. 14.442; AI nº 49.641/PR, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, Diário da Justiça, 2 out. 1986, p. 18.198.

⁴⁹STJ – 3ª T. – Resp 1028315/BA – Rel. Min. Nancy Andrighi, decisão: 14-6-2011. Conferir, ainda: TSE – Pleno – Agravo Regimentalno Recurso Especial Eleitoral 7875839-60/DF – Rel. Min. Marcelo Ribeiro, decisão: 3-2-2011; Antigo Tribunal Federal de Recursos, AI nº 49.312/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, Diário da Justiça, 29 maio 1986, p. 9.161; AI nº 59.766/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, Diário da Justiça, 25 abr. 1989, p. 6.063.

⁵⁰STF – 2ª T. – REextr. nº 92.377-2/SP – Rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I, 1º jun. 1984, p. 8.729.

2.1 Conceito

Sigilo significa segredo, ou seja, aquilo que não pode ser revelado, divulgado. Aquele que tem ciência de um segredo, por força da profissão que exerce, está impedido de, sem justa causa, revelá-lo. Tem o dever de guardá-lo. É o segredo profissional. Violá-lo constitui crime tipificado pelo art. 154 do Código Penal.

Luiz Fernando Bellinetti define o sigilo bancário como: ... o dever jurídico que têm as instituições de crédito e as organizações auxiliares e seus empregados de não revelar, salvo justa causa, as informações que venham a obter em virtude da atividade bancária a que se dedicam.⁵¹

Segundo Juan Carlos Magllagarriga sigilo bancário é: “a obrigação imposta aos bancos de não revelar, sem justa causa, os dados referentes a seus clientes que cheguem a seu conhecimento como consequência das relações jurídicas que os vinculam”.⁵²

2.2 O sigilo bancário e a Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 não trouxe de maneira expressa o termo sigilo bancário.⁵³ Mas, demonstrou ao longo dos artigos, extremo cuidado com o direito à intimidade e à privacidade, sendo estes conexos à garantia fundamental do sigilo bancário.

O sigilo bancário envolve vários princípios de importância inquestionável, tais como o sigilo de dados e o da intimidade. Os três estão inseridos, ainda que implicitamente, na Constituição Federal de 1988.

Seu artigo 5º, inciso XII, dispõe da inviolabilidade do sigilo de dados:

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.⁵⁴

⁵¹BELLINETTI, Luiz Fernando, in "Limitações Legais ao Sigilo Bancário", publicada na Revista de Direito do Consumidor, abril/junho – 1996, p. 144.

⁵²MAGLLAGARRIGA, Juan Carlos, apud Sérgio Carlos Covello. O sigilo bancário: (com particular enfoque na sua tutela civil). 2. ed. rev. e atual. 2001, p. 83.

⁵³QUEZADO, Paulo e Rogério Lima. Sigilo Bancário. São Paulo: Dialética, 2002, p. 32.

⁵⁴BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, Distrito Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 de set.2018.

Todas as hipóteses mencionadas no artigo acima necessitam de autorização judicial para a quebra de sigilo.

Assim, sempre que se fala em sigilo bancário, tem que se levar em sua previsão constitucional. Desta forma garantindo o direito à intimidade, honra e dignidade humana, de forma que não ocorram interceptações ou divulgações de dados por meios ilícitos.

A constituição garante a não exposição dos dados de seus cidadãos, mas caso ocorra, garante o direito à indenização pelo dano material e moral decorrente da violação da vida privada, da intimidade, da honra e da imagem dos mesmos.

Não resta dúvida de que a proteção à privacidade humana engloba as informações fiscais e bancárias dos indivíduos em posse do Poder Público, uma vez que constituem parte da vida privada da pessoa e merecem, portanto, o devido sigilo.⁵⁵

Nesse sentido já se manifestou o Min. Gilmar Mendes:

Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do art. 5º, XII, da CF, de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados. Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer à autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente). Verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação.⁵⁶

Sendo assim, os sigilos bancário e fiscal são consagrados como direitos individuais constitucionalmente protegidos e, para o afastamento do sigilo é indispensável motivo relevante, como, por exemplo, suspeita de atos ilícitos por parte dos correntistas.⁵⁷

No entanto, deve ser analisado até que ponto o Estado pode invadir a esfera privada das pessoas para conhecer de seus negócios no interesse público de coibir ilícitos, como no caso da Lei Complementar nº 105/2001. No caso da quebra dos

⁵⁵MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 69-78

⁵⁶STF. Acórdão de decisão que julgou ilicitude de prova produzida durante inquérito policial. Habeas Corpus nº 91.867/SP. Davi Resende Soares e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 24 abr. 2012. Acesso em: 19 ago. 2018.

⁵⁷MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 69-78.

sigilos bancário e fiscal, a doutrina tenta estabelecer qual limite da ação fiscalizadora em face dos princípios da intimidade e da vida privada.

2.3 A relatividade do Sigilo Bancário

Os direitos à intimidade e à vida privada como espécies de direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal encontram limites nos demais direitos igualmente consagrados na Carta Magna.

Mas, nem toda restrição de direitos fundamentais depende de prévia ordem judicial. Em algumas situações, a Constituição não deixou opções: assiste ao Judiciário não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo de dizer a primeira⁵⁸, tratando-se de reserva absoluta de jurisdição.⁵⁹ É o que ocorre quanto à busca e apreensão domiciliar (artigo 5º, XI da CF) e à interceptação telefônica (artigo 5º, XII da CF).

Na ordem constitucional brasileira não existem direitos absolutos, que permitam o seu exercício a qualquer tempo e sob quaisquer circunstâncias. E tal ocorre porque a tutela normativa de qualquer bem ou valor é sempre abstrata. No plano da realidade concreta, surgirão, inevitavelmente, situações em que dois ou mais titulares do mesmo direito entrem em confronto, razão pela qual a lei estará autorizada a regulamentar soluções específicas para cada conflito.⁶⁰

Assim, o legislador ordinário pode admitir o acesso direto, por algumas autoridades (mediante poder requisitório) e no interesse da investigação criminal, a certos dados sigilosos. Esse acesso direto pela autoridade estatal não ocorre por simples curiosidade e não torna o torna público o dado, não lhe retirando o segredo.

O conhecimento da informação neste caso não acarreta sua publicidade, onde essas informações continuaram longe dos olhos de curiosos. Estes dados não são blindados por um sigilo tão rígido que exija ordem judicial para ser quebrado, e ao mesmo tempo não são completamente desprovidos de segredo (não são públicos) — ficando inacessíveis à população em geral. Longe de configurar mero

⁵⁸CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 2003, p.664.

⁵⁹RANGEL, Paulo Castro. Reserva de jurisdição: sentido dogmático e sentido jurisprudencial. Porto: Universidade Católica, 1997, p. 63.

⁶⁰OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal 17. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2013, pág. 186.

capricho estatal, traduz o cumprimento do dever de investigação criminal e garantia da segurança pública, sem descuidar dos direitos fundamentais.

A Segunda Turma do Supremo, assim decidiu:

I. - Se é certo que o sigilo bancário, que é espécie de direito à privacidade, que a Constituição protege art. 5º, X não é um direito absoluto, que deve ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da Justiça, certo é, também, que ele há de ceder na forma e com observância de procedimento estabelecido em lei e com respeito ao princípio da razoabilidade. No caso, a questão foi posta, pela recorrente, sob o ponto de vista puramente constitucional, certo, entretanto, que a disposição constitucional é garantidora do direito, estando as exceções na norma infraconstitucional.

II - R.E. não conhecido.⁶¹

Desta forma o sigilo bancário. Ainda que previsto como garantia constitucional, não deve ser tratado como direito absoluto. Sendo possível o rompimento desta norma, com a observância do procedimento previsto na Lei Complementar nº 105/2001.

A quebra do sigilo bancário requer cautela de modo a respeitar firmemente os requisitos legais, para não tipificar conduta ilícita e penalmente imputável.

⁶¹VELLOSO, Carlos, RE 219780/PE, Relator: Min., julgado em 13/04/1999 (DJ 10.09.1999).

3 A LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001

A Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, gerou mudanças no que tange ao sigilo bancário e fiscal. O que antes era apenas matéria de discussão doutrinária e jurisprudencial, como a questão da possibilidade de quebra de sigilo pela autoridade administrativa, passou a ser regulado em lei.

A principal mudança neste sentido pode ser vista no artigo 6º da lei supracitada:

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. (Regulamento)

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.

Em que pese à primeira vista este dispositivo parecer um limitador ao acesso das autoridades administrativas aos dados sigilosos dos contribuintes, este na verdade é um legitimador deste acesso, eis que autoriza a administração tributária a proceder a análise de dados mediante a existência de processo ou procedimento administrativo fiscal instaurado.⁶²

É evidente que o assunto tratado no dispositivo, qual seja, o sigilo bancário e fiscal, é extremamente polêmico e que mesmo após a edição da Lei Complementar 105/2001, a regra é de que deve ser respeitado o sigilo bancário e fiscal.

Contudo, tendo em vista que tal direito não é absoluto, nas hipóteses previstas em lei este sigilo pode ser quebrado. Desta forma, a leitura do artigo 6º da LC 105/2001 deve ser no sentido de que a quebra de sigilo é admitida, excepcionalmente, nas hipóteses em que se demonstre a existência de interesse público superior, tendo em vista que o direito ao sigilo não é absoluto a ponto de sobrepor-se ao interesse coletivo.

Percebe-se que o artigo 6º Lei Complementar de fato restringe o direito ao sigilo bancário decorrente do direito à intimidade e à vida privada (artigo 5º, inciso X, da CF) e do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da CF).

⁶²MARTINS, James. Direito Processual Tributário Brasileiro. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 250.

Importante olhar, deste modo, se tal norma restritiva obedece aos princípios da proteção ao núcleo essencial e da proporcionalidade.

3.1 Da (in) constitucionalidade do art. 6º da LC 105/2001

Neste sentido, novas discussões surgiram, tais como a da constitucionalidade da Lei complementar 105/2001, bem como sobre a retroatividade ou irretroatividade desta. Assim, os doutrinadores e julgadores de todo o país se fragmentaram, de modo que alguns se posicionaram no sentido de que tal lei é constitucional, outros entenderam que tal lei carecia de constitucionalidade e a questão da retroatividade também gerou polêmica.

Tal dispositivo fere o disposto nos incisos X e XII do art. 5º da Constituição Federal (X – “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”; XII – “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”).⁶³Sem a prévia autorização judicial não pode haver quebra de sigilo.

Miguel Reale e Ives Gandra da Silva Martins, por exemplo, entendem que tal lei é inconstitucional, aduzindo que:

Exceção às CPIs, para as quais são inerentes poderes próprios de investigação judicial por outorga constitucional, não podem outros órgãos, poderes ou entidades não autorizados pela Lei Maior quebrar o sigilo bancário e, pois, afastar o direito à privacidade independentemente de autorização judicial, a pretexto de fazer prevalecer o interesse público, máxime quando não têm o dever de imparcialidade por serem PARTE na relação mantida com o particular.⁶⁴

O sigilo dever ser quebrado quando houver interesse público ou de ordem pública no esclarecimento de determinadas situações, a justificar a revelação desse fato, ou então existir o assentimento do titular, entendemos que não poderá ser invocado o direito à privacidade para subtraí-lo do conhecimento do (s) interessado (s). Isso porque, quando a ação do indivíduo, interferindo em interesses de terceiros,

⁶³BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, Distrito Federal, 1988.

⁶⁴Parecer de Miguel Reale e Ives Gandra Martins, consultados pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo, publicado no site Consultor Jurídico em 11 de dezembro de 2002, <www.conjur.com.br>.

exclui o fato da órbita protetiva do direito à privacidade. Pois, foi o próprio indivíduo que deu lugar à quebra do sigilo.

Sacha Calmon, com a acuidade de sempre, disse, que “não pode a ordem jurídica de um país razoavelmente civilizado fazer do sigilo bancário um baluarte em prol da impunidade, a favorecer proxenetas, lenões, bicheiros, corruptos, contrabandistas e sonegadores de tributos”.⁶⁵

O Ministro Celso de Mello aduz que o sigilo bancário possui respaldo constitucional, pois protege o direito de intimidade financeira das pessoas e se manifestou no sentido de que “a pretensão estatal voltada à disclosure das operações financeiras constitui fator de grave ruptura das delicadas relações - já estruturalmente tão desiguais - existentes entre o Estado e o indivíduo”.⁶⁶

O Ministro Cezar Peluso, por sua vez, sustenta que essa decisão “em nada prejudica a administração pública, que pode, fundamentadamente, requerer ao Poder Judiciário, que lhe franqueará acesso aos dados de que precise”.⁶⁷

O fato de haver tanta discussão não se dá apenas pelo fato do fisco ter acesso direto a informações e dados bancários de clientes, mas sim por não precisar de uma ordem judicial para que isso aconteça. Sendo ordem judicial o poder que o Estado manifesto sobre os cidadãos.

3.2 Da constitucionalidade do art. 6º da LC 105/01

As autoridades administrativas, em geral, possuem competência para a apuração de infrações penais, desde que as respectivas investigações estejam relacionadas com o exercício regular de suas atribuições legais, no campo, portanto, da constatação, ex officio, da ilicitude administrativa, fiscal, tributária, previdenciária ou disciplinar.

A Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, autoriza as autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a examinarem documentos, livros e registros de

⁶⁵CALMON, Sacha, in Caderno de Pesquisa Tributária, São Paulo: Resenha Tributária, 1993, v. 18, p. 100.

⁶⁶Supremo Tribunal Federal. ADI 2390. Relator Dias Toffol. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI2390.pdf?fbclid=IwAR2hobPqYqpBUAYHwBH71NT002wP9x3G5soXy4ZtpFwx djaw-AYqS1CXhE>>.

⁶⁷Supremo Tribunal Federal. ADI 2390. Relator Dias Toffol. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI2390.pdf?fbclid=IwAR2hobPqYqpBUAYHwBH71NT002wP9x3G5soXy4ZtpFwx djaw-AYqS1CXhE>>.

instituições financeiras, inclusive os referentes à conta de depósitos e aplicações financeiras, desde que haja procedimento administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e seja tal exame absolutamente indispensável, como único meio de as informações necessárias ao desenvolvimento das investigações (art. 6º) serem obtidas. A respectiva Administração deverá manter e guardar sigilo sobre todos os dados então obtidos (art. 6º, parágrafo único).

A exigência constitucional de ordem judicial somente deve ser aplicada àquelas hipóteses ali expressamente previstas. Ou seja, somente para a quebra da inviolabilidade de domicílio e das comunicações telefônicas é que haveria a necessidade de interferência do legislador ordinário.

Nas demais hipóteses, a lei poderá atribuir a outras autoridades do Poder Público a flexibilização da intimidade/privacidade, desde que preenchidos os requisitos previstos em lei. O que deve ser observado, sempre, é a necessidade da flexibilização do direito (à intimidade/privacidade), em face do risco que o exercício de tais direitos, se realizados de modo absoluto e incontestável, poderá causar a outros valores protegidos na ordem constitucional.

Nunca é demais lembrar que, em tema de direito à intimidade e/ou privacidade, é sempre necessária uma valoração dos interesses em disputa, sopesando-se o grau do dano a ser causado pela flexibilização legislativa, a ser aferido em contrapartida àquele produzido pelo exercício de modo absoluto do referido direito.

Com isso o art.6º da Lei Complementar 105, foi alvo de diversas ações diretas de inconstitucionalidade, destaca-se que já foi objeto de questionamento perante o Supremo Tribunal Federal em duas significativas ocasiões.

A primeira foi o julgamento da AC 33/PR, que ficou decidido:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TUTELA DE URGÊNCIA (PODER GERAL DE CAUTELA). REQUISITOS. AUSÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. REFERENDO DE DECISÃO MONOCRÁTICA (ART. 21, V DO RISTF). CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. DADOS BANCÁRIOS PROTEGIDOS POR SIGILO. TRANSFERÊNCIA DE INFORMAÇÕES SIGILOSAS DA ENTIDADE BANCÁRIA AO ÓRGÃO DE FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA FEDERAL SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. LEI COMPLEMENTAR 105/2001. LEI 10.174/2001. DECRETO 3.724/2001. A concessão de tutela de urgência ao recurso extraordinário pressupõe a verossimilhança da alegação e o risco do transcurso do tempo normalmente necessário ao processamento do recurso e ao julgamento dos pedidos. Isoladamente considerado, o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade sobre o tema é insuficiente para justificar a concessão de tutela de urgência a todo e qualquer caso. Ausência do risco da demora, devido ao considerável prazo

transcorrido entre a sentença que denegou a ordem e o ajuizamento da ação cautelar, sem a indicação da existência de qualquer efeito lesivo concreto decorrente do ato tido por coator (21.09.2001 – 30.06.2003). Medida liminar não referendada. Decisão por maioria” (AC 33/PR-MC, Relator o Ministro Marco Aurélio, Relator para o acórdão o Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe de 10/2/11).

Os debates se detalharam na apreciação do RE nº 389.808/PR, também de relatoria do eminente Ministro Marco Aurélio, o qual recebeu a seguinte ementa:

SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte”.(RE 389.808/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe de 10/5/11).

Segundo a posição que prevaleceu na Corte, por maioria, o acesso pelo Fisco dos dados bancários do contribuinte constituía matéria sujeita à reserva de jurisdição. Alguns posicionamentos sintetizam a conclusão obtida.⁶⁸

O Ministro Marco Aurélio, Relator da ADI, salientou que, nos autos da Pet nº 3.898, ficou assentado que “nem mesmo o Ministro de Estado da Fazenda poderia ter acesso a dados bancários de certo cidadão – individualizado”, e rememorou Sua Excelência que a Receita Federal é órgão subordinado ao Ministério da Fazenda. Apontou, ainda, que a Corte, nos autos do RE nº 461.366-2/DF, não reconheceu ao Banco Central, órgão com atuação fiscalizadora, a possibilidade de acessar dados de correntista, e categorizou a Receita Federal como órgão “fiscalista por excelência”, o que a afastaria, ainda mais, do acesso aos dados bancários dos contribuintes.⁶⁹

No mesmo sentido, votou a Ministra Cármen Lúcia – que se manifestou pela ausência de quebra da privacidade, “uma vez que não [se] está autorizado por lei a dar a público, mas apenas a transferir para um outro órgão da administração, para o

⁶⁸Supremo Tribunal Federal. ADI 2390. Relator Dias Toffol. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI2390.pdf?fbclid=IwAR2hobPqYqpBUAYHwBH71NT002wP9x3G5soXy4ZtpFwx djaw-AYqS1CXhE>>.

⁶⁹Supremo Tribunal Federal. ADI 2390. Relator Dias Toffol. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI2390.pdf?fbclid=IwAR2hobPqYqpBUAYHwBH71NT002wP9x3G5soXy4ZtpFwx djaw-AYqS1CXhE>>.

cumprimento das finalidades da Administração Pública, aqueles dados”.⁷⁰ Também na mesma direção, se posicionou o Ministro Ayres Britto, que destacou:

[A] conjugação do inciso XII com o inciso X da Constituição abona a tese de que o que se proíbe não é o acesso a dados, mas a quebra do sigilo, é o vazamento do conteúdo de dados. É o vazamento, é a divulgação. E, no caso, as leis de regência, ao falar das transferências de dados sigilosos, é evidente que elas impõem ao órgão destinatário desses dados a cláusula da confidencialidade, cuja quebra implica a tipificação ou o cometimento de crime.⁷¹

A determinação de sigilo se amplifica, ainda, pela legislação tributária. Conforme o Código Tributário Nacional, no art. 198, “[veda] 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”.⁷²

Na definição da eminente Ministra Ellen Gracie, exposta durante o julgamento da AC nº 33, “o que ocorre não é propriamente a quebra de sigilo, mas a ‘transferência de sigilo’ dos bancos ao Fisco. Os dados, até então protegidos pelo sigilo bancário, prosseguem protegidos pelo sigilo fiscal”.

Nessa transmutação, importa salientar que inexistente qualquer distinção entre uma e outra espécie de sigilo que possa apontar para uma menor seriedade do sigilo fiscal em face do bancário. Ao contrário, os segredos impostos às instituições financeiras (muitas das quais, de natureza privada), se mantêm, com ainda mais razão, com relação aos órgãos fiscais integrantes da Administração Pública, submetidos que são à mais estrita legalidade.⁷³

A Ministra Cármen Lúcia, no julgamento do RE nº 389.808, também assinalou a necessidade do compartilhamento de dados bancários com o Fisco para que o Estado cumpra seu papel de agente fiscalizador:

Também acho que não há como se dar cobro às finalidades do Estado, especialmente da Administração Fazendária, e até ao Direito Penal, nos

⁷⁰Supremo Tribunal Federal. ADI 2390. Relator Dias Toffol. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI2390.pdf?fbclid=IwAR2hobPqYqpBUAYHwBH71NT002wP9x3G5soXy4ZtpFwxdjiaw-AYqS1CXhE>>.

⁷¹Supremo Tribunal Federal. ADI 2390. Relator Dias Toffol. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI2390.pdf?fbclid=IwAR2hobPqYqpBUAYHwBH71NT002wP9x3G5soXy4ZtpFwxdjiaw-AYqS1CXhE>>.

⁷²BRASIL. Código Tributário Nacional de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm.

⁷³Supremo Tribunal Federal. ADI 2390. Relator Dias Toffol. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI2390.pdf?fbclid=IwAR2hobPqYqpBUAYHwBH71NT002wP9x3G5soXy4ZtpFwxdjiaw-AYqS1CXhE>>.

casos em que precisa haver investigação e penalização, se não houver acesso a esses dados, que, de toda sorte, já são de conhecimento das instituições financeiras que nem Estado são.⁷⁴

A matéria foi finalmente definida no julgamento da ADI nº 2.390/DF, que considerou constitucional esta lei (Lei Complementar nº 105). Portanto, atualmente não há necessidade de autorização judicial para que a Receita Federal acesse dados e informações financeiras dos contribuintes (sigilo bancário).

Conforme aduzido pelo Ministro relator da ADI 2390 nos autos do RE nº 389.808/PR:

[...] não há que se considerar que um gerente de uma instituição privada, um caixa de um banco privado, seja mais responsável do que um auditor fiscal da Receita Federal do Brasil, que tem todas as responsabilizações e pode perder o seu cargo se descumprir a lei. A maioria dos brasileiros faz movimentação bancária em bancos privados, com caixas de banco, funcionários de bancos, escriturários de bancos, gerentes de bancos tendo acesso total a essas movimentações. Todos com o dever de sigilo. O auditor da Receita Federal não tem responsabilidade? Tanto o caixa de banco que quebre o sigilo será penalizado quanto o auditor da Receita Federal do Brasil se o fizer.⁷⁵

Desta forma, trata-se de uma transferência de dados sigilosos de um determinado portador, que tem o dever de sigilo, para outro, que mantém a mesma obrigação de sigilo. Ao se falar que há mera transferência de informações, não se está por desconsiderar a possibilidade de utilização dos dados pelo Fisco.

Deve-se levar em conta o real intuito da proteção constitucional à privacidade, prevista no art. 5º, X, da CF/88 (“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”).⁷⁶

Na lição de Ada Pellegrini Grinover, “

[o] direito ao segredo ou o direito ao respeito da vida privada objetiva impedir que a ação de terceiro procure conhecer e descobrir aspectos da vida privada alheia; por outro lado, o direito à reserva ou direito à privacidade sucede o direito ao segredo, compreendendo a defesa da

⁷⁴Supremo Tribunal Federal. ADI 2390. Relator Dias Toffol. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI2390.pdf?fbclid=IwAR2hobPqYqpBUAYHwBH71NT002wP9x3G5soXy4ZtpFwx djaw-AYqS1CXhE>>.

⁷⁵Supremo Tribunal Federal. ADI 2390. Relator Dias Toffol. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI2390.pdf?fbclid=IwAR2hobPqYqpBUAYHwBH71NT002wP9x3G5soXy4ZtpFwx djaw-AYqS1CXhE>>.

⁷⁶BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, Distrito Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

pessoa da divulgação de notícias particulares, embora legitimamente conhecidas pelo divulgador”.⁷⁷

O Min. Ricardo Lewandowski, em seu voto declarou:

Tendo em conta os intensos, sólidos e profundos debates que ocorreram nas três sessões em que a matéria foi debatida, convenci-me de que estava na senda errada, não apenas pelos argumentos veiculados por aqueles que adotaram a posição vencedora, mas sobretudo porque, de lá pra cá, o mundo evoluiu e ficou evidenciada a efetiva necessidade de repressão aos crimes como narcotráfico, lavagem de dinheiro e terrorismo, delitos que exigem uma ação mais eficaz do Estado, que precisa ter instrumentos para acessar o sigilo para evitar ações ilícitas.

Neste mesmo sentido o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, porém, ao julgar um agravo de instrumento, concluiu pela constitucionalidade da referida lei:

Da mesma forma, a Lei Complementar no 105/2001 autoriza o acesso da autoridade fiscal aos documentos, livros e registros das instituições financeiras, inclusive aos relativos a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso. Portanto, o repasse das informações pela instituição bancária à Receita Federal e sua utilização para fins de fiscalização pelo IR tem amparo legal e não afronta as garantias constitucionais.⁷⁸

Há que se retomar, assim, a linha de antigo julgado do Supremo Tribunal em que se reconheceu aos agentes fiscais o acesso às informações bancárias, porque o sigilo bancário só tem sentido enquanto protege o contribuinte contra o perigo de divulgação ao público, nunca quando a divulgação é para o fiscal do imposto de renda que, sob pena de responsabilidade, jamais poderá transmitir o que lhe foi dado conhecer.⁷⁹

A posição do Supremo Tribunal Federal é a de que não precisa de ordem judicial para que o fisco tenha acesso aos dados bancários de clientes de bancos e cooperativas de créditos, sendo que não ocorre a quebra do sigilo bancário e sim a trocar de informações entre os entes.

⁷⁷GRINOVER, apud ROQUE, Maria José Oliveira Lima. Sigilo Fiscal e Direito à Intimidade. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 43. PELLEGRINI, Ada. Liberdades Públicas e Processo Penal. São Paulo, 1976.

⁷⁸Agravo de instrumento no 2001.04.01.045127-8/SC, Juiz João Surreaux Chagas, Extraído da Revista Dialética de Direito Tributário, no 72, p. 203 e 204.

⁷⁹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso em Mandado de Segurança nº 15.925-GB, rel. fin. Gonçalves de Oliveira. In Revista Trimestral de Jurisprudência. v. 37. p. 373-374.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como dito na introdução a este trabalho, o objetivo inicial da pesquisa aqui proposta foi o de traçar um campo de discussão a respeito da questão do sigilo bancário, elencando os termos de seu conceito, fundamentos, princípios e reflexos na ordem jurídica brasileira. A importância das considerações iniciais reside no confronto entre os direitos fundamentais relativos ao sigilo bancário. Pelo exposto no trabalho, algumas considerações merecem ser comentadas. Principalmente, há de se dizer que a Lei Complementar nº 105/2001 trouxe significativas e importantes mudanças, pelo que resta plenamente justificado o debate que se deu a sua análise. Em segundo lugar, vale mencionar que a decisão do Supremo Tribunal Federal pela constitucionalidade do artigo 6º merece, sobretudo em razão de seus conhecidos efeitos, críticas.

Já cumpre enfatizar que o sigilo bancário não tem uma proteção autônoma na Constituição brasileira, não sendo ele um direito absoluto, podendo ocorrer sua quebra diretamente pela Administração Tributária.

Não existe sigilo bancário para a Administração Tributária, uma vez que ela pode ter acesso às operações financeiras efetuadas pelos cidadãos de forma automática, desde que em montantes globais, ou acesso a informações detalhadas quando haja procedimento fiscal em curso, conforme art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de 2001.

Trata da troca de informações entre os entes da administração, não para que ocorra ato ilegal com os referidos dados, mas sim a manutenção da justiça, quando há a investigação do indivíduo.

Existem outros princípios constitucionais que fundamentam a atividade fiscalizatória do Fisco, como os incisos XVIII e XXII do art. 37, inciso IV do art. 170 e art. 237. Não só não há um direito constitucional expresso ao sigilo bancário nem uma reserva de jurisdição para a sua transferência, como há diversos outros princípios constitucionais que fundamentam a transferência do sigilo bancário para a Administração Tributária.

Desta forma, não há o que se falar em inconstitucionalidade na Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, que, dispondo sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, autoriza as autoridades fazendárias a examinar seus documentos, livros e registros, inclusive os referentes à conta de

depósitos e aplicações financeiras, desde que haja processo administrativo regularmente instaurado ou procedimento fiscal em curso, e desde que tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente (art. 6º).

REFERÊNCIAS

Antigo Tribunal Federal de Recursos, AI nº 49.479/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, Diário da Justiça, 21 out. 1986, p. 14.442; AI nº49.641/PR, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, Diário da Justiça, 2 out. 1986, p. 18.198.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Sigilo bancário e privacidade. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

BELLINETTI, Luiz Fernando, in "Limitações Legais ao Sigilo Bancário", publicada na Revista de Direito do Consumidor, abril/junho - 1996, p. 144.

BONFIM, Edilson Mougnot. Curso de processo penal. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

BONFIM, Edilson Mougnot. Curso de Processo Penal. 4. Ed. ver. São Paulo: Saraiva.

BRASIL, Agravo de instrumento no 2001.04.01.045127-8/SC, Juiz João Surreaux Chagas, Extraído da Revista Dialética de Direito Tributário, no 72, p. 203 e 204.

BRASIL, Agravo de instrumento no 2001.04.01.045127-8/SC, Juiz João Surreaux Chagas, Extraído da Revista Dialética de Direito Tributário, no 72, p. 203 e 204.

BRASIL. Código Tributário Nacional de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm. Acesso em: 02/10/2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, Distrito Federal, 1988, ed. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal – 2ª T. – HC nº 82.788/RJ – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 2 jun. 2006, p. 43.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal – 2ª T. – HC nº 93.050/RJ – Rel. Min. Celso de Mello, DJE, 31-07-2008.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal – 2ª T. – HC nº 85.088/ES – Rel. Min. Ellen Gracie, Diário da Justiça, Seção I, 30 set. 2005, p. 50.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal – 2ª T. – REextr. nº 92.377-2/SP – Rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I, 1º jun. 1984, p. 8.729.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão de decisão que julgou ilicitude de prova produzida durante inquérito policial. Habeas Corpus nº 91.867/SP. Davi Resende Soares e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 24 abr. 2012. Acesso em: 19 ago. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal – Ação Penal nº 370-3-DF. Serviço de Jurisprudência do STF, Ementário nº 1.804-11 e RTJ 162/249-250.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal - Pleno - ADI nº 1.007-7/PE - Rel. Min. Eros Grau, Diário da Justiça, Seção I, 17 mar. 2006, p. 3.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 2390. Relator Dias Toffol. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI2390.pdf?fbclid=IwAR2hobPqYqpBUAYHwBH71NT002wP9x3G5soXy4ZtpFwxdjiaw-AYqS1CXhE>>. Acesso 07 de novembro de 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal – Pleno – MS nº 22.164/SP – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39.206.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal - Recurso em Mandado de Segurança nº 15.925-GB, rel. fin. Gonçalves de Oliveira. In Revista Trimestral de Jurisprudência. v. 37. p. 373-374.

BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça – 3ª T. – Resp 1028315/BA – Rel. Min. Nancy Andrighi, decisão: 14-6-2011. Conferir, ainda: TSE – Pleno – Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral 7875839-60/DF – Rel. Min. Marcelo Ribeiro, decisão: 3-2-2011; Antigo Tribunal Federal de Recursos, Alnº 49.312/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, Diário da Justiça, 29 maio 1986, p. 9.161; Al nº 59.766/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, Diário da Justiça, 25 abr. 1989, p. 6.063.

BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil; inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei nº. 13.256, de 4-2-2016 / Cassio Scarpinella Bueno. 2. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016.

CALMON, Sacha, in Caderno de Pesquisa Tributária, São Paulo: Resenha Tributária, 1993, v. 18, p. 100

CANOTILHO, J. J. Direito constitucional e teoria da constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 394).

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 2003, p.664.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da Pessoa Humana: o princípio dos princípios constitucionais: in SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio (Org). Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.135-179.

Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários... Op. cit. v. 2.

FERRAZ, Sérgio Valladão. Curso de direito constitucional: teoria, jurisprudência e 1.000 questões. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. Comentários à Constituição brasileira de 1988. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 35.

GRINOVER, apud ROQUE, Maria José Oliveira Lima. Sigilo Fiscal e Direito à Intimidade. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 43. PELLEGRINI, Ada. Liberdades Públicas e Processo Penal. São Paulo, 1976.

HOLTHE, Leo Van. Direito Constitucional. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010.

LOPES, Lucas Miotto. Eu Não Quero Saber! Uma Defesa do Direito de Não Saber Como Independente do Direito à Privacidade - University of Edinburgh; Edimburgo, Escócia, pág. 83.

MAGLLAGARRIGA, Juan Carlos, apud Sérgio Carlos Covello. O sigilo bancário: (com particular enfoque na sua tutela civil). 2. ed. rev. e atual. 2001, p. 83.

MARTINS, James. Direito Processual Tributário Brasileiro. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 250.

MELLO FILHO, José Celso. Constituição Federal anotada. cit. p. 533.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal 17. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

PINTO, Robson Flores. A competência tributária do Distrito Federal na Constituição. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo: Centro de Estudos, nº 51/52, p. 191, jan./dez. 1999.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 4ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, O Princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988, 2004.

PONTES, Helenilson Cunha. O princípio da proporcionalidade e o direito tributário. São Paulo: Dialética, 2000.

QUEZADO, Paulo e Rogério Lima. Sigilo Bancário. São Paulo: Dialética, 2002, p. 32.

RANGEL, Paulo Castro. Reserva de jurisdição: sentido dogmático e sentido jurisprudencial. Porto: Universidade Católica, 1997, p. 63.

REALE, MARTINS, Miguel e Ives Gandra, parecer à pela Ordem do Advogados do Brasil, Secção São Paulo, publicado no site Consultor Jurídico em 11 de dezembro de 2002, www.conjur.com.br.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VELLOSO, Carlos, RE 219780/PE, Relator: Min., julgado em 13/04/1999 (DJ 10.09.1999).